

# El impacto del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en la Justicia Transicional

¿Existe un lugar legítimo para el perdón?

Andrés Armando Cervantes Valarezo

---

TESI DOCTORAL UPF / 2020

DIRECTORS DE LA TESI

Prof. Dr. Alejandro Saiz Arnaiz

Prof. Dr. Josep Joan Moreso Mateos

DEPARTAMENT DE DRET





*Para Armando y Enid, a quienes la vida les debe solo felicidad.*

*Este pequeño logro es suyo por hacerme lo que soy.*

*A María José por su amor y paciencia. Lo logramos.*



## AGRADECIMIENTOS

Una nota del diario *El País* del 26 de marzo de 2018 titulada “la tesis doctoral es perjudicial para la salud mental” resaltaba las conclusiones de un estudio publicado en *Nature Biotechnology* según el cual los doctorandos son seis veces más propensos a desarrollar ansiedad o depresión en comparación al común denominador de la población. También se lee en la nota periodística que “los resultados fueron que el 41% de los doctorandos se sentía bajo presión constante, el 30% deprimido o infeliz y un 16% se sentía inútil”<sup>1</sup>.

En mi caso, he tenido la inmensa fortuna de verme excluido de la estadística a la que se refiere aquella publicación, no porque el trabajo investigativo no haya sido desafiante, sino porque durante estos años he contado con la compañía de personas invaluable que me han hecho sentir apreciado y feliz de haber iniciado el programa doctoral.

La nota publicada en *El País* insistía además en que “otro factor que puede influir en la salud del estudiante, en este caso tanto negativamente como positivamente, es el tipo de director de tesis que tienen: la salud mental de los doctorandos era mejor de lo normal cuando tenían un mentor cuyo liderazgo les inspiraba”. En mi caso, he tenido la oportunidad de contar no con uno sino con dos excelentes mentores, los profesores Alejandro Saiz Arnaiz y Josep Joan Moreso Mateos, de quienes destaco no solamente su rigurosidad y excelencia en lo académico, sino también su inmensa calidad humana.

A Ustedes les estaré siempre agradecido por su generosidad al aceptarme como doctorando y por las conversaciones que hemos mantenido a lo largo de estos años. Espero poder saldar mi deuda con Ustedes algún día. Me siento igualmente en deuda con el profesor Jesús María Silva Sánchez, por aceptarme en sus clases de dogmática penal y permitirme discutir en varias ocasiones algunos de los temas que se abordan en la tesis. Sus ideas han marcado profundamente mi visión sobre el rol del derecho penal.

Como mencioné antes, durante el desarrollo de esta investigación nunca me sentí solo, deprimido o inútil, en buena medida, porque toda tesis doctoral es el fruto de un gran trabajo colectivo en el que he tenido el apoyo incondicional de mis padres, Armando y

---

<sup>1</sup> El País. *La tesis doctoral es perjudicial para la salud mental. Un estudio asegura que los doctorandos son seis veces más propensos a desarrollar ansiedad o depresión en comparación con la población general*, en: [https://elpais.com/elpais/2018/03/15/ciencia/1521113964\\_993420.html](https://elpais.com/elpais/2018/03/15/ciencia/1521113964_993420.html) (Último acceso: 03/04/2019).

Enid, quienes con amor y sabiduría han sabido guiarme en la vida y me han impulsado a trabajar y alcanzar todos mis sueños por difíciles que pudieren parecer. Son dos juristas excepcionales que desde pequeño me inculcaron el amor por el Derecho, como máxima herramienta de convivencia humana. De igual forma, conté con el amor y compañía de María José, mi enamorada, que ha sufrido esta tesis tanto como yo y que ha sido vital para que este proyecto llegue a buen puerto. Lo logramos.

Toda mi gratitud a los compañeros y amigos del área de derecho constitucional de la Universitat Pompeu Fabra: Aida Torres, Maribel González, Víctor Ferreres, Joan Solanes, Jorge Roa, Alejandro Gómez, Marcela Priego, Gracy Pelacani, Juan Camilo Herrera, Camila Medina, Marcelo Lozada, Marco Bocchi y Mario Matarrita, de quienes aprendo a diario y que me han hecho sentir a lo largo de estos años siempre en casa. Especial mención merece el profesor Marc Carrillo, quién durante su encargo en el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, tuvo la gentileza de facilitarme su despacho para hacer más cómodo mi trabajo diario.

No podría dejar de mencionar a la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación de la Generalitat de Catalunya (AGAUR) por la generosa beca que me concedió para la realización de esta investigación y el financiamiento para mi asistencia a varios congresos internacionales entre los que merecen destacarse el ICON.S 2018 en la Universidad de Hong Kong y la conferencia conjunta FLACSO-ISA el mismo año. Por idéntico motivo, agradezco al programa ERASMUS+ por la generosa beca concedida para una estancia de investigación en la Universidad del Cabo en Sudáfrica en mayo de 2019.

Aunque resulte poco convencional, debo agradecer a Bernardo, mi perro, por atestiguar muy pacientemente el proceso de redacción de la tesis y siempre mover la cola, conservando el buen humor y sugiriéndome a ladridos dar un paseo por el parque para aliviar las tensiones propias de la investigación y la redacción. Curiosamente, varias de las ideas que integran el texto surgieron espontáneamente en aquellos paseos.

¡Simplemente, gracias a todos!

Andrés.







## **RESUMEN**

La investigación aborda un problema clásico dentro del ámbito de estudio de la justicia transicional relativo a la tensión entre justicia penal y reconciliación. Si bien existe abundante literatura sobre esta temática, el aporte de este ensayo al campo de estudio consiste en trasladar la discusión al ámbito de los tribunales internacionales. Para ello, se analiza sistemáticamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se arriba a la conclusión de que los criterios actuales sobre amnistías e indultos no resultan adecuados para analizar la responsabilidad de los Estados que buscan concluir un conflicto armado. En base a esta constatación, se proponen estrategias procesales y la aplicación del artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como marco regulatorio de estos procesos a fin de garantizar seguridad jurídica. Como premisa necesaria de estas estrategias, se aboga por sustituir el actual fundamento de la jurisprudencia interamericana: el derecho humano de la víctima al castigo del victimario.

## **ABSTRACT**

The PhD thesis addresses a classic problem in the study of transitional justice related to the tension between criminal justice and reconciliation. Although there is abundant literature on this subject, the contribution of this essay to the field consists in developing the discussion in the area of international courts. With this purpose, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is systematically analyzed reaching the conclusion that the current criteria on amnesties and pardons are not adequate to analyze the responsibility of the States that seek to conclude an armed conflict. Based on this finding, procedural strategies and the application of Article 32 of the American Convention on Human Rights are suggested as a regulatory framework for these processes in order to guarantee legal certainty. As a necessary premise of these strategies, I propose to replace the current normative basis of the IACHR jurisprudence: the human right of the victim to the punishment of its victimizer.



## ABREVIATURAS DE USO FRECUENTE

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CECC	Cámaras extraordinarias de la Corte de Camboya
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CV	Comisión de la Verdad
DDHH	Derecho(s) humano(s)
DIDDHH	Derecho internacional de los derechos humanos
DIH	Derecho internacional humanitario
DPI	Derecho penal internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional

ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
SIDH	Sistema Interamericano De Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TICR	Tribunal Internacional Criminal para Ruanda
TIESL	Tribunal Internacional especial para Sierra Leona
TMIP	Tribunal Militar Internacional Penal
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

## INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente tres décadas surgió en la literatura especializada el término justicia transicional. En su origen, se trataba de un concepto que aludía, en sentido descriptivo, a los desafíos, esfuerzos y experiencias de las sociedades que sufrieron en manos de regímenes represivos que utilizaban la violación de DDHH como parte de la política de lo que podría llamarse un Estado criminal. En efecto, sociedades como la sudafricana en el período post-apartheid o la argentina y chilena tras los períodos de dictadura tuvieron que hacer frente a problemas morales y jurídicos que resultan poco comunes en un Estado democrático y de Derecho plenamente establecido.

Frente al dilema de si resultaba preferible una política de perdón y olvido antes que la persecución penal de todos aquellos quienes formaron parte del sistema represivo hubo diferentes posturas. En primer lugar, quienes consideraron que el derecho de gracia consistía en un poder *legibus solutus* que se justificaba precisamente en este tipo de situaciones y, por otro lado, aquellos que argumentaron que la amnistía era además de inmoral, injusta e inválida ante el derecho ya que ninguna sociedad democrática sólida podría construirse sobre el frágil cimiento de la impunidad.

Lo interesante de la discusión estriba en que el derecho de gracia, por antonomasia concebido como una facultad discrecional y soberana, exenta de control judicial por considerarse una cuestión política se ha ido transformando al punto de que en siglo XXI puede afirmarse ya con toda certeza que las amnistías, indultos y medidas análogas, al menos en el ámbito de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, están sometidas a un estricto control judicial y, por lo mismo, a límites racionales de juridicidad.

El modesto propósito de esta investigación consiste, por una parte, en dar cuenta del impacto que tuvo, tiene y tendrá la jurisprudencia de la Corte IDH en la justicia transicional. Sumado a lo anterior, la investigación procura un análisis crítico de la jurisprudencia interamericana, partiendo de la premisa de que responde a dos presupuestos que resultan incompatibles con el tipo de conflictos que atraviesa la región en la actualidad.

El núcleo duro de la jurisprudencia interamericana se refiere a casos de transición de la dictadura a la democracia, en la que generalmente se instrumentaron normas de autoamnistía o análogas, es decir, normas dictadas por quienes posteriormente serían sus beneficiarios. Sumado a lo anterior, esta jurisprudencia surge precisamente cuando los regímenes dictatoriales ya habían sido depuestos y un nuevo gobierno democrático había asumido el poder (perspectiva diacrónica). Los casos que ocupan a la región al día de hoy son distintos en dos aspectos. En primer lugar, no tratan la transición de la dictadura a la democracia sino del conflicto interno armado a la paz. Adicionalmente, los Estados que desarrollan procesos de justicia transicional no son ya aquellas crueles dictaduras, sino que están representados por gobiernos democráticos, comprometidos – aunque no son infalibles – con el respeto y garantía de los derechos fundamentales y que están sometidos al control de un tribunal constitucional como máxima expresión de la democracia constitucional (perspectiva sincrónica).

Entender el contexto en el que se desarrolla el núcleo duro de la jurisprudencia del tribunal interamericano coadyuva a asimilar la construcción teórica más importante del mismo: la idea de que la víctima, individualmente considerada, tiene un derecho fundamental al castigo de su victimario (derecho a la justicia). En virtud de aquello, la víctima tiene derecho a la investigación, procesamiento y la ejecución efectiva de la pena impuesta por un tribunal a su opresor. Como obvia consecuencia, cualquier medida que afecte el derecho de la víctima será contraria a la CADH y, en consecuencia, nula.

En este punto, es necesario hacer explícito el tercer objetivo general de la investigación, este es, dar respuesta a la interrogante planteada como subtítulo de la misma. En efecto, tras describir y analizar críticamente la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de justicia transicional se busca brindar luces de si, bajo el derecho previsto en la CADH, existe un lugar legítimo para el “perdón” que permita compatibilizar el ejercicio del poder punitivo con propósitos más ambiciosos como la reconfiguración de la sociedad.

De forma previa a explicar resumidamente el contenido de los cinco capítulos que componen la investigación es importante realizar algunas precisiones sobre los límites de la misma y la metodología empleada. La primera de las limitaciones tiene que ver con el objeto central del manuscrito que es la descripción, análisis, crítica y propuestas en base a la jurisprudencia en materia de justicia transicional de la Corte IDH. Aquello

implica dejar de lado el estudio individual de casos nacionales y, con ello, la presentación sobre aspectos históricos, políticos y jurídicos de carácter local.

Lo que hace asumible esta limitación es que son abundantes los trabajos que relatan con precisión y detalle las distintas experiencias de justicia transicional en América Latina<sup>2</sup>. Además de que sería un ejercicio condenado al fracaso por inabarcable, también sería inútil en la medida de que lo que se critica es que la Corte IDH trate a todos los contextos de la misma manera. Por supuesto, ello no implica dejar sin contexto alguno a la jurisprudencia citada, ni dejar de lado la explicación sucinta de hechos históricos sumamente relevantes, o dejar de tratar con algo de detalle un caso de singular, el proceso de justicia transicional en Colombia, para la formulación normativa que se propone.

La segunda de las limitaciones para la investigación tiene que ver con la diversidad de fuentes del conocimiento empleadas en el texto. En algún lugar, Roberto GARGARELLA advirtió la importancia de tener un punto de referencia en la investigación con el ánimo de dar un pequeño paso adelante en el desarrollo del tema, evitando la tentación de pretender “abarcarlo todo” desde áreas de especialización a las que uno es extraño, con el evidente peligro de cometer errores básicos que comprometan el resultado de la investigación<sup>3</sup>.

A pesar de ello, sin darme cuenta hice caso omiso del consejo, tal vez por curiosidad intelectual o quizá porque es imposible eludir que en el tema de análisis convergen el derecho constitucional, el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y la filosofía del Derecho. He tratado, en consecuencia, de ser cauto en las afirmaciones relacionadas a las áreas del conocimiento jurídico en las que me considero menos versado. Relacionado con lo anterior, vale mencionar también que la literatura sobre justicia transicional atraviesa una etapa de explosión bibliográfica que la hace virtualmente inabarcable. En ese sentido, la literatura seleccionada responde a una combinación de clásicos con escritos enfocados en el sistema interamericano.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds). *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung: Montevideo, Uruguay, 2009.

<sup>3</sup> GARGARELLA, Roberto. “Consejo para tesisistas: Comunidades de diálogo”. Disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2018/11/consejo-para-tesisistas-comunidades-de.html> (último acceso: 20/08/2019)

La metodología utilizada en la investigación es inductiva y articulada a partir del estudio de casos de la jurisprudencia interamericana. Arrancando con el análisis de las diversas sentencias de la Corte IDH en materia de justicia transicional se establecen principios jurídicos aceptados pacíficamente en la literatura. Luego, valiéndome del estudio de un caso concreto, el proceso de paz Santos-FARC en Colombia, se utiliza el método deductivo para derivar determinados principios jurídicos que se encuentran en tensión con los de la jurisprudencia interamericana. Finalmente, se presenta una evaluación de porqué preferir una u otra alternativa.

En armonía con lo expresado arriba, el Capítulo I ofrece una introducción a la justicia transicional contrastando tres etapas históricas: el período de posguerra desde 1945 a 1948 caracterizado por el juicio de Núremberg, los procesos de Tokio y la creación de la ONU; el período posterior a la guerra fría conocido como la tercera ola de la democratización en la década de los años 80 y 90, caracterizados con los procesos de transición en Sudáfrica y el Cono Sur; y, un tercer y cuarto período con el surgimiento de tribunales penales híbridos y el estado permanente del poder penal internacional representado en la CPI.

Lo que resulta fundamental para el posterior desarrollo de la investigación es que aquí se adopta un concepto normativo del término justicia transicional. Lejos de ser un mero descriptor se trata de una verdadera forma de justicia que opera más allá de las limitaciones que impone el contexto de los hechos, esto, bajo la lógica de que existen estándares jurídicos mínimos que deberían ser respetados por quienes participan en los procesos de negociación de paz. Si esto es así, la primera fase no sería realmente ejemplar de la justicia transicional sino justicia del vencedor, pues claramente no estaba sujeta a límites jurídicos. De forma similar, la segunda fase sería representativa del perdón y olvido, aunque con ciertos matices de responsabilización, pero renunciando generalmente al ejercicio del poder penal. Para concluir, el derecho penal del siglo XXI aparece como comprometido a luchar contra la impunidad, pero debe plantearse si en verdad está capacitado para hacerlo y si aquello es deseable a toda costa.

En el Capítulo II se introduce al lector a la jurisprudencia de la Corte IDH en lo que se ha denominado la *lucha contra la impunidad*. Se trata, según la Corte IDH, de una obligación de carácter ius cogens que acarrea un deber absoluto de investigar, procesar y, eventualmente, sancionar todas y cada una de las graves violaciones de DDHH. Sobre



este último concepto ha de aclararse que se trata de una fórmula engañosa. No solamente se refiere a crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio sino también a otros crímenes “graves” cometidos de forma asistemática (sin motivo político) o puntual (no masivo). La extensión del concepto conduce a una relajación de las garantías del debido proceso o de “medidas especiales” para lograr el castigo: la imprescriptibilidad de los delitos, la imposibilidad de amnistía o indulto, la obligación absoluta de extraditar, la prohibición de conceder asilo, la habilitación de la jurisdicción universal y, en ciertos ordenamientos, inclusive, el juzgamiento en ausencia.

De esta forma, la CADH ha ido mutando de un catálogo de derechos y garantías para el imputado en un proceso penal a una especie de código penal interamericano que impone reglas como la proporcionalidad inversa de la pena, o permite la recalificación de hechos a otros tipos penales sin que medie ejercicio del derecho a la defensa, o permite el doble juzgamiento a pesar de que el proceso penal sea legítimo, entre muchas otras novedades. Diría sin temor a equivocación que se ha gestado un verdadero *derecho penal del enemigo* contra aquellos acusados de “graves violaciones a los derechos humanos” legitimado en las necesidades de aseguramiento cognitivo de la víctima. Si bien para la doctrina dominante en el DIDDHH este régimen especial dista de ser censurable, debería al menos ser reconocido explícitamente por la Corte IDH en aras de la seguridad jurídica y un desarrollo coherente de la cuestión.

En el capítulo III se expone el contenido normativo de los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación en los términos delineados por la Corte IDH. Frente a esos estándares se contraponen las realidades prácticas de la justicia transicional. Es, en efecto, discutible que el derecho a la verdad pueda satisfacerse perfectamente por medio del proceso penal. La exclusión de la prueba ilícita, el principio de presunción de inocencia, la prohibición de declarar contra uno mismo y la realidad de que el proceso se concentra en un acto específico y no en el “hecho total” de la violencia masiva impiden la construcción de una *verdad material* que es la que interesa a la víctima.

Luego, el derecho fundamental de la víctima al castigo de su opresor implica el juzgamiento de todos y cada uno de los crímenes so pena de que el Estado lesione los derechos de unas víctimas a costa de garantizar los de otras. En casos de violencia masiva, la experiencia demuestra que, lamentablemente, la impunidad es la regla y la justicia la excepción. La falta de capacidad real de los sistemas judiciales, sean locales o

internacionales, en la función de investigar, procesar y juzgar a todos los sospechosos de crímenes graves puede comprometer la terminación del conflicto armado y prolongar la violencia.

Por último, sujetar el derecho a la reparación al proceso judicial penal es admitir la posibilidad de que una víctima en sentido material no sea reparada por no ser considerada como tal en sentido procesal, lo que puede suceder, por ejemplo, en caso de absolución del procesado. Sumado a lo comentado, el tratamiento diferenciado de la reparación de las víctimas, por el enfoque individual de las sentencias producto de un proceso penal, puede conducir a injusticias distributivas y a que la reparación sea puramente económica.

La idea central del texto es que el derecho penal es necesario, pero como un medio y no como un fin en sí mismo. No puede ser privatizado por la víctima y debe ser ejercido en la medida que las condiciones de hecho lo permitan, no para reparar a la víctima por medio del castigo del autor sino para reestablecer la confianza en el Derecho como pauta de conducta. La verdad procesal y la verdad material pueden combinarse por medio de procesos judiciales y comisiones de la verdad y los planes de reparación masiva pueden proteger de mejor forma los intereses de una sociedad en conflicto.

En el Capítulo IV se aborda con cierto nivel de detalle el caso del proceso de justicia transicional en Colombia a partir de la negociación del gobierno Santos-FARC. En este proceso surgen diferentes problemas de carácter político y jurídico. Como es sabido, en el plebiscito por la paz de 2016 se rechazó el Acuerdo de Paz pactado por el gobierno y el GAOML. Sin embargo, el Acuerdo de Paz fue renegociado e implementado por vía legislativa, sin que se volivera a solicitar pronunciamiento popular. Sobre este punto, se argumenta que la paz –sea que se la conciba como precondition de los derechos fundamentales o como derecho fundamental en sí misma– no puede ser ni aprobada, ni negada por la mayoría. A pesar de ello, la participación democrática en la discusión, renegociación y aprobación del mismo es importante y debe impulsarse en la mayor medida de lo posible. Entonces, en el caso de Colombia, teniendo en cuenta que el Acuerdo de Paz fue en efecto renegociado y aprobado en vía parlamentaria, sumado al hecho de que existió un control judicial efectivo por parte la Corte Constitucional de Colombia, conduce a presumir la legitimidad democrática del mismo.

En el ámbito penal, se instrumenta en Colombia una Jurisdicción Especial para la Paz y un ejercicio racionalizado del poder punitivo del Estado que tiene pretensiones simétricas. Pretende juzgar tanto a guerrilleros de las FARC, así como a agentes del Estado, cómplices y financistas del conflicto armado. Se otorga amnistía e indultos para crímenes políticos y conexos y se establece un sistema de penas atenuado condicionado a la dejación de armas, identificación, colaboración con la construcción de la verdad y la reparación de la víctima. Para cumplir este propósito, la Unidad de Investigación de la JEP opera bajo los criterios de selección y priorización de casos.

El compromiso institucional y jurídico para con el deber general de investigar, procesar y sancionar graves violaciones de DDHH merece deferencia internacional pues todos los beneficios, incluida la amnistía y el indulto, deben ser concedidos –y pueden ser revocados– bajo criterios jurídicos por parte de la JEP. La atenuación y el carácter alternativo de la pena y la forma de ejecución de las sanciones son acordes ya no al objetivo de combatir al enemigo sino al de reintegrar al individuo y reconstituirlo como ciudadano. Relacionado a esta última cuestión, el perdón moral de la víctima no puede ni debe ser forzado por el Estado porque pertenece al ámbito más íntimo de libertad de conciencia de la víctima. Sin embargo, el Estado sí tiene el deber de no crear obstáculos, sino que debe promover las condiciones para la reconciliación como natural exigencia del Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho.

En el Capítulo V se trata la noción de constitucionalismo transicional y se aborda la cuestión de si aquel merece alguna deferencia por parte de los tribunales internacionales y regionales. Ahí se expone en clave comparada, aunque por cierto limitada, los desarrollos de la CPI y el TEDH en tópicos relevantes para la justicia transicional como la amnistía. A partir de allí, se confirma que a nivel global solamente la Corte IDH ha reconocido un derecho fundamental de la víctima al castigo. Por su parte, si bien la CPI y el TEDH no han refrendado amnistías en casos de crímenes internacionales, es posible constatar una aproximación más cauta a la cuestión.

Posteriormente, se aborda la problemática de dos técnicas regionales de interpretación del Derecho: el control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional y se sostiene que existen buenas razones para repensar el principio de subsidiariedad, que es vital a efectos de conceder un razonable margen de maniobra a los Estados inmersos en

procesos de transición si demuestran objetivamente que están en mejor posición para garantizar los DDHH.

Recapitulando, la tesis que se defiende a lo largo del texto es que la investigación, procesamiento y sanción de graves violaciones de DDHH no son consecuencia lógica de un derecho de la víctima al castigo de su opresor. El poder punitivo está justificado en la medida que sea funcional para mantener la configuración normativa de la sociedad. Ello no significa que el Estado se encuentre en absoluta libertad para determinar en qué casos el ejercicio del poder penal es beneficioso o perjudicial pues aquello implicaría vaciar de contenido el compromiso global de que ciertas conductas deben ser sancionadas por afectar los valores básicos sobre los que se erige la especie humana.

En todo caso, para abordar el tema hay que tener una mirada crítica y cautelosa sobre las bondades de la justicia internacional. Lamentablemente, ni la CPI tiene la capacidad para juzgar a todos los criminales de guerra o lesa humanidad, ni la comunidad internacional ha demostrado el compromiso de ejercitar la jurisdicción universal en todo su esplendor. Difícilmente se le podría exigir a un Estado en situación de conflicto armado interno y con un sistema judicial seriamente limitado cumplir con obligaciones “comunes” que los demás tampoco pueden o desean honrar.

En un panorama donde la justicia frente la violencia masiva depende principalmente del Estado que debe lidiar con ella, no cabe rechazar de principio la racionalización del poder punitivo, máxime cuando los fines de la pena pueden ser logrados por equivalentes funcionales (amnistía condicionada, atenuación punitiva). Por este motivo, la Corte IDH debería alejarse del derecho de la víctima como fundamento del proceso penal y avalar, también procesalmente, alternativas ingeniosas que tiendan a la mejor protección de los derechos fundamentales de las personas en el complejo contexto del conflicto armado.





# ÍNDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS .....	v
RESUMEN .....	ix
ABSTRACT .....	ix
ABREVIATURAS DE USO FRECUENTE .....	xi
INTRODUCCIÓN.....	xiii
CAPÍTULO I: LA JUSTICIA TRANSICIONAL .....	30
1. Introducción .....	31
1.1. Justicia transicional. Fines y tensiones.....	33
1.2. El dilema entre la justicia y la paz .....	40
1.3. Impunidad cero, impunidad y derecho penal limitado.....	42
1.4. La genealogía de la justicia transicional .....	49
1.4.1. Primera fase: la justicia de posguerra.....	50
1.4.2. Los juicios de Núremberg .....	52
1.4.3. Los juicios de Tokio.....	58
1.5. Segunda Fase: pos Guerra Fría .....	63
1.5.1. El caso del cono sur latinoamericano .....	64
1.5.1.1. El deber de proteger los DDHH hacia el futuro de Nino .....	68
1.5.2. El apartheid en Sudáfrica y la amnistía.....	75
1.5.3. El surgimiento de los tribunales penales híbridos.....	81
1.6. Tercera fase: la normalización de la justicia transicional .....	84

1.7. Conclusiones de capítulo.....	87
------------------------------------	----

CAPÍTULO II: LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA ..... 91

2. Introducción .....	91
-----------------------	----

2.1. La premisa: “porque la Convención lo dice...” .....	91
--	----

2.3. La lucha contra la impunidad.....	101
--	-----

2.4. Amnistías y derechos humanos.....	107
--	-----

2.5. Límites procedimentales: las auto amnistías.....	111
---	-----

2.6. Las amnistías negociadas y generales .....	115
---	-----

2.7. Límites materiales en la jurisprudencia interamericana.....	125
--	-----

2.8. Otras formas de impunidad .....	133
--------------------------------------	-----

2.8.1.¿Dilaciones indebidas o derecho a la defensa? .....	134
---	-----

2.8.2.Prescripción extintiva.....	136
-----------------------------------	-----

2.9. Cosa juzgada fraudulenta y nuevos hechos o pruebas .....	139
---	-----

2.10. El indulto humanitario en el caso Fujimori.....	144
---	-----

2.10.1. Los hechos del caso Fujimori.....	146
---	-----

2.10.2. Naturaleza del indulto: discrecional, no arbitrario.....	149
--	-----

2.10.3. El criterio de la Corte IDH .....	153
---	-----

2.11. Conclusiones del capítulo .....	156
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO III: DEBERES DEL ESTADO Y DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA ..... 161

3. Introducción .....	161
-----------------------	-----



3.1. Deberes del Estado .....	162
3.1.1.El hecho internacionalmente ilícito y su imputación .....	162
3.2. El deber de prevenir violaciones de DDHH.....	166
3.3. El deber de investigar .....	169
3.4. El deber de adaptar el derecho interno .....	171
3.5. Los derechos de las víctimas.....	178
3.5.1.El derecho a la verdad .....	179
3.5.2.El derecho a la justicia .....	187
3.5.2.1. Requisitos para la legitimidad de una amnistía.....	201
3.5.2.2. La relectura de la jurisprudencia de la Corte IDH a la luz de nuevos contextos: ¿una interpretación plausible?.....	206
3.5.2.3. Más allá del obiter dictum: las pautas del tribunal interamericano sobre la justicia transicional y sus profundas tensiones.....	214
3.5.3.El derecho a la reparación .....	217
3.5.4.La tipología de las reparaciones .....	220
A. La restitución.....	221
B. Indemnización .....	222
C. Rehabilitación .....	223
D. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición .....	223
3.5.5.Más allá de los tribunales y de la reparación individual .....	226
3.6. Conclusiones del capítulo .....	232
 CAPÍTULO IV: ¿EXISTE UN LUGAR LEGÍTIMO PARA EL PERDÓN? UN ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO .....	 235

4.	Introducción .....	235
4.1.	Una aproximación al Acuerdo de Paz .....	237
4.2.	La justicia transicional en Colombia.....	241
4.3.	Ratificación y deliberación del Acuerdo.....	244
4.4.	El sistema penal alternativo .....	256
4.4.1.	Ámbito subjetivo y temporal del sistema penal .....	258
4.4.2.	Las penas en la transición .....	260
4.4.3.	Amnistía, indulto y renuncia condicionada a la acción penal.....	262
4.4.4.	Extinción de los beneficios .....	267
4.4.5.	Selección y priorización penal en la justicia transicional .....	268
4.4.6.	La prohibición de suspensión de la pena: un ejemplo de diálogo entre autoridades locales e internacionales.....	274
4.5.	¿Existe un lugar legítimo para el perdón?.....	276
4.5.1.	Equivalentes funcionales de la pena: medios para el perdón.....	280
4.6.	Conclusiones del capítulo .....	284
CAPÍTULO V: CONSTITUCIONALISMO TRANSICIONAL Y DEFERENCIA INTERNACIONAL. BREVES REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DEL SIDH.....		287
5.	Introducción .....	287
5.1.	La judicialización de la paz.....	289
5.1.1.	La Corte Penal Internacional, amnistías y procesos de paz .....	295
5.1.2.	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la amnistía .....	306
5.2.	¿Control de convencionalidad o MDAN en América latina? .....	312

5.2.1.El control de convencionalidad .....	315
5.2.1.1. Limitación, suspensión y derogación de derechos .....	318
5.2.2.El margen de apreciación nacional .....	324
5.3. Constitucionalismo transicional y subsidiariedad.....	327
a) Determinación del consenso jurídico en la comunidad de Estados .....	342
b) La evaluación del contexto de aplicación de la medida.....	343
c) La calidad democrática de la medida .....	344
d) La justificación instrumental de la medida .....	345
5.4. Conclusiones del capítulo .....	346
CONCLUSIONES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN.....	349
FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	365
LIBROS Y ARTÍCULOS.....	365
TRATADOS, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES E INFORMES.....	393
JURISPRUDENCIA .....	396
CÁMARAS EXTRAORDINARIAS DE LA CORTE DE CAMBOYA .....	396
COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.....	396
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LEGISLACIÓN RELEVANTE.....	397
CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA Y LEGISLACIÓN RELEVANTE.....	397
CORTE PENAL INTERNACIONAL Y FISCALÍA .....	397
CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA .....	398
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ Y LEGISLACIÓN RELEVANTE .....	398

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y COMISIÓN .....	399
TRIBUNAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA .....	399
TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA .....	400
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS .....	400
INFORMES ANUALES Y COMUNICACIONES DE PRENSA .....	400
SENTENCIAS, OPINIONES CONSULTIVAS Y RESÚMENES .....	400
RESOLUCIONES DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE IDH.....	407
MISCELÁNEO .....	407





# CAPÍTULO I: LA JUSTICIA TRANSICIONAL

## 1. Introducción

La justicia transicional es un campo de estudio y de políticas públicas que surgió hace más de dos décadas a partir del análisis teórico de las transiciones a la democracia sucedidas en el Cono Sur y en Europa del Este<sup>4</sup>. Este concepto nació a partir de sendos seminarios auspiciados por la fundación Ford en la que participaron notables activistas en materia de DDHH como Juan Méndez, José Zalaquett, Jaime Malamud y Diane Ohrentlicher, entre muchas otras personas<sup>5</sup>. En esas reuniones se discutieron las dificultades políticas y prácticas de satisfacer las necesidades de justicia, verdad y reparación en períodos postdictatoriales debido a la fragilidad de los nuevos regímenes democráticos<sup>6</sup>.

En ese sentido, el discurso de la justicia en tiempos de transición pretendió, en primer lugar, describir los límites y tensiones a los que se enfrentaban las sociedades en tránsito a la democracia, así como introducir soluciones que sean compatibles con la coyuntura, por ejemplo, las comisiones de la verdad, ante la imposibilidad de iniciar procesos penales en contra de los responsables de graves violaciones de DDHH.

Fue justamente a finales de la década de los 1980 y a mediados de los 1990 cuando se plantearon los dilemas fundamentales de la justicia transicional, entre estos, la cuestión sobre si lo mejor era olvidar y mirar hacia el futuro aprovechando el nuevo régimen democrático o si la memoria es un ejercicio necesario para la sociedad; si quienes

---

<sup>4</sup> Se trata de la “tercera ola” de la democracia que conceptualiza HUNTINGTON. Siguiendo a este autor existen tres grandes períodos de democratización. El primero, que empezó en 1820 hasta 1926 con al menos 29 democracias. Luego desde el ascenso al poder de Mussolini en Italia, empezó una ola inversa que redujo el número de estados democráticos a 12 en 1942. La segunda ola de la democracia se produjo tras la Segunda Guerra Mundial, que alcanzó su cénit en 1962 con 36 estados democráticos. Posteriormente, siguió otra ola inversa entre 1960-1975 que redujo el número de estados democráticos a 30. Finalmente, la tercera ola de la democracia se produce a partir de la década de 1980 por varios motivos, especialmente, la pérdida de legitimidad de las dictaduras por sus errores en materia económica y militar. Cfr. HUNTINGTON, Samuel. "Democracy's third wave". *Journal of democracy*, 2.2, 1991, *passim*.

<sup>5</sup> DE GREIFF, Pablo. "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de derechos humanos*, No.7, 2011, p.18.

<sup>6</sup> Vid. en general, ARTHUR, Paige. “Como las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp. 73-134.

ejercieron cargos públicos en las dictaduras debían ser impedidos de continuar en el servicio público; y, quizá la discusión más interesante desde el punto de vista teórico, si era preferible en nombre de la reconciliación nacional extender una amplia amnistía para todos los involucrados en graves violaciones de DDHH o si una dosis mínima de derecho penal era imperativa.

Con el tiempo, la justicia transicional fue extendiéndose a la construcción de paz posbélica<sup>7</sup>. Es decir, el campo de estudio y de políticas públicas tiene también aplicación en operaciones de desarme, terminación de conflictos armados, políticas de seguridad y, en general, todos los aspectos que debe afrontar un país tras haber vivido un conflicto violento. Se podría decir que los mismos conflictos que se presentan en transiciones de dictadura a democracia se presentan también, guardando las distancias respectivas, en las transiciones de la guerra a la paz.

Con este breve antecedente, el propósito fundamental de este capítulo es introducir al lector a la genealogía de la justicia transicional y el llamado dilema de justicia versus paz. El planteamiento del problema es sencillo: hay quienes defienden que todas las violaciones de DDHH deben ser perseguidas por medio del derecho penal pues en caso contrario se estaría lesionando la dignidad humana de la víctima y su derecho a la justicia. En esa medida las amnistías o los indultos son inaceptables en términos morales y jurídicos. De otro lado, hay quienes defienden que la amnistía y el indulto son preferibles a consecuencias negativas como la continuación de la dictadura o la guerra y que, por tanto, son moral y jurídicamente aceptables.

Para contrastar y valorar las posturas existentes, debemos iniciar un recorrido histórico desde el período de posterior a la Segunda Guerra Mundial, las dictaduras del Cono Sur latinoamericano, el apartheid sudafricano y el establecimiento de los tribunales penales híbridos. La idea es averiguar si existe o no una obligación absoluta a cargo de los Estados, derivada del derecho internacional, consistente en juzgar todas y cada una de

---

<sup>7</sup> DE GREIFF es crítico con la expansión del campo, aunque se ha preocupado por explicitar los motivos de la expansión: “el hecho de que la agenda de la justicia transicional se haya ampliado de modo desmedido, en mi opinión, tiene que ver con la migración en el uso de las medidas de los contextos postautoritarios a los contextos post-conflicto (y aun a los contextos de conflicto activo). Con el apoyo de la cooperación internacional, de donantes que quieren hacer algo en situaciones postconflicto, bajo el reclamo de víctimas que piden que sus inmensas necesidades sean atendidas, y con la participación de activistas que circulan globalmente, la política de justicia transicional es transferida de un contexto a otro”. DE GREIFF, Pablo. "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de derechos humanos*, No.7, 2011, p.18.



las graves violaciones a los DDHH. Al mismo tiempo, esta exposición brindará luces sobre el tratamiento histórico de la amnistía y el indulto y, finalmente, servirá para tomar posición sobre un concepto normativo de la justicia transicional.

### **1.1. Justicia transicional. Fines y tensiones.**

La justicia transicional, como campo de estudio y de políticas públicas, no se encuentra limitada al derecho, sino que se complementa con otras disciplinas como la historia, la sociología, la criminología, la psicología, la economía, entre otras. A su vez en el ámbito jurídico, interactúan diversas ramas del Derecho, principalmente, el derecho internacional de los DDHH, el DIH, el derecho constitucional y el derecho de daños<sup>8</sup>. Todo ello invita a afirmar que la justicia transicional es un campo interdisciplinario cuyo estudio no puede ni debe abordarse exclusivamente desde el derecho penal<sup>9</sup>. Por lo comentado, desde una perspectiva amplia, el Secretario General de la ONU señaló en 2004 que la justicia transicional consiste en:

...toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos<sup>10</sup>.

Para Ruti TEITEL, se trata de “una concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar

---

<sup>8</sup> BELL, Christine. “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the Field or Non-Field”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, No. 1, 2009, pp. 21-22.

<sup>9</sup> En línea con lo expuesto, DE GREIFF ha dicho que: “El primer gran logro del campo que es importante poner de relieve es la consolidación del mismo. Que la justicia transicional logró consolidarse en un campo no cabe duda alguna. Tiene todas las características de un campo, incluyendo especialistas, instituciones dedicadas a él, oficinas a cargo del tema en instituciones multilaterales, ministerios, etc., documentos internacionales que versan sobre el tema, cursos universitarios y revistas académicas. Nada de esto podía darse por sentado. Una forma de describir el logro hace patente su magnitud: el campo logró superar –si no en el sentido de resolver todas las diferencias por lo menos en el sentido de mantenerlas bajo control– las “tendencias centrífugas” propias de un campo que intenta integrar diferentes medidas; al contrario del trabajo en derechos humanos clásicamente entendido”. DE GREIFF, Pablo. “Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional”, *Anuario de derechos humanos*, No.7, 2011, p.18.

<sup>10</sup> ONU, Informe del Secretario General, S/2004/616, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, del 3 de agosto de 2004, p. 6.

los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores”<sup>11</sup>. Por su parte, José ZALAUQUETT, quien fue miembro de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación de Chile, entendía “que lidiar con situaciones políticas transicionales es una nueva área de la práctica de los derechos humanos que plantea algunas complejas preguntas éticas, legales y prácticas”<sup>12</sup>.

Ahora bien, como resulta obvio, las transiciones políticas y los conflictos armados son parte integral de la historia humana desde sus inicios, por ello, en uno de sus trabajos ya clásicos, Jon ELSTER<sup>13</sup> trata de mostrar como las medidas que hoy asociamos a la justicia transicional, como la amnistía para restituir derechos civiles, el enjuiciamiento de quienes atentaron contra el sistema democrático y las reparaciones a la población pueden rastrearse hasta la Atenas del año 411 A.C o a las restauraciones francesas en 1815 y 1914.

Sin embargo, lo que resulta novedoso en la actualidad es la idea de que la transición a la democracia o la transición del conflicto armado a la paz no debe ni puede ser alcanzada a cualquier precio, sino que resulta imperativo respetar ciertos imperativos éticos y jurídicos mínimos<sup>14</sup>. Este criterio ha sido acogido mayoritariamente por la doctrina y en palabras de FORCADA BARONA implica que la justicia transicional:

...cubre una serie de prácticas, arreglos institucionales y técnicas de ingeniería social cuyo objetivo, dentro de los límites impuestos por el Derecho internacional, es facilitar las sociedades que han estado o están inmersas en conflictos violentos o regímenes dictatoriales, la transición hacia una situación de paz duradera, democracia y respeto de los derechos humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> TEITEL, Ruti. “Genealogía de la Justicia Transicional” en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp. 73-134.

<sup>12</sup> Entrevista citada en ARTHUR, Paige. “Como las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, p. 75.

<sup>13</sup> ELSTER, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, 2004.

<sup>14</sup> BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en UPRIMNY, Rodrigo (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, pp.45-108.

<sup>15</sup> FORCADA BARONA, Ignacio. *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2011, p.9.

Como en toda disciplina, existen fricciones internas sobre algunas de las cuestiones más básicas. Una de ellas es, precisamente, si la justicia transicional es o no una teoría de justicia<sup>16</sup>. Aquello no es un debate baladí desde la pragmática en la medida de que si la justicia transicional tiene identidad y fundamentos propios puede justificar, por ejemplo, la utilización selectiva y alternativa del derecho penal, la alteración de los principios del derecho de daños –estableciendo sistemas de compensación masiva y la determinación de quién debe repararlo– o reconstituir el sistema político. Todas esas medidas quedarían legitimadas por ser consideradas justas.

En cambio, si se sostiene que la justicia transicional no es una teoría de justicia sino más bien un mero descriptor –justicia en tiempos de transición– podría argumentarse en favor de la revocatoria de todas las medidas implementadas una vez logrado la transición a la democracia o la terminación del conflicto armado, bajo el entendimiento de que fueron decisiones adoptadas bajo coerción.

En ese sentido, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT) indicó que la expresión “no daba a entender que hubiera un enfoque normalizado y ni siquiera principios comunes, como se desprende de la enorme variedad de métodos que los diferentes países decidían aplicar o no al afrontar esos abusos”<sup>17</sup>. Una expresión más acorde al momento fue “justicia en tiempos de transición” que reflejaba fielmente que se trataba de una narrativa sobre los diferentes métodos utilizados por los Estados para abordar las injusticias del pasado.

Instituciones como el CIJT niegan que la justicia transicional sea, en la actualidad, una teoría de justicia “como la reparadora, la distributiva o la retributiva” sino que se trataría de “la aplicación a determinadas circunstancias de una política basada en los derechos humanos”, destacando que “no es una justicia blanda. Intenta proporcionar las medidas de justicia más relevantes en las condiciones políticas de cada momento. Si sólo

---

<sup>16</sup> Vid. GARCÍA AMADO, Juan, “Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso” en BERNUZ, M. y GARCÍA, A. (Eds.) en *Después de la violencia. Memoria y justicia*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad Eafit, 2015, *passim*.

<sup>17</sup> ICTJ, “¿Qué es la justicia transicional?” (último acceso: 26/03/2018). Disponible en: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

pretende esquivar la aprobación de medidas de justicia coherentes, no será más que una impunidad más sutil”<sup>18</sup>.

Desde mi punto de vista, identificar a la justicia transicional como una política adoptada en base a las limitaciones de la coyuntura es un grave error conceptual. La literatura dominante ha desarrollado una noción más rica sobre este concepto que incluye estándares teleológicos, principalmente, la paz positiva y el Estado de Derecho como fines, y medidas específicas que permiten diferenciar a la justicia transicional de la justicia retributiva, de la justicia correctiva y también de la ausencia de cualquier tipo de justicia o, en otras palabras, de la impunidad. Aquello resulta novedoso pues como relata Juan MÉNDEZ:

...la primera concepción errónea acerca del problema de la responsabilización es que no existen reglas que establezcan lo que los Estados deben hacer en respuesta a las masivas violaciones llevadas a cabo en el pasado reciente. A principios de los años ochenta este fue en América Latina el punto de vista prevaleciente entre muchos observadores con mentalidad democrática, e incluso observadores orientados hacia los derechos humanos<sup>19</sup>.

Además, en panoramas que presentan características sociales muy complejas, con instituciones gubernamentales débiles, sistemas de administración de justicia colapsados, una economía quebrada y sociedades divididas, es posible afirmar que la justicia transicional se erige como una justicia de excepción en la medida de que opera en situaciones de grave conmoción política nacional y que se encuentra sujeta a unos dilemas específicos a los que no responde el sistema de gobierno y de administración de justicia de forma ordinaria<sup>20</sup>. En línea con lo comentado, BERNAL PULIDO se ha referido a los fines y tensiones de la justicia transicional señalando que:

No es posible armonizar todos los fines de la justicia transicional de tal manera que la satisfacción de unos no implique dejar de satisfacer otros. Existe una tensión irresoluble

---

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> MÉNDEZ, Juan. “Procesamientos judiciales y otras medidas de justicia”, en Reátegui, Félix (ed.), en *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Nueva York, 2011, p.206.

<sup>20</sup> POSNER y VERMEULE son contrarios a esta tesis y sostienen que los ordenamientos jurídicos de las democracias establecidas tienen mecanismos para hacerse cargo de los mismos problemas de la justicia transicional; y, que por tanto no hay mayores diferencias entre los problemas morales, políticos y jurídicos que presenta la juricidad normal y la juricidad transicional. Cfr. POSNER, Eric y VERMEULE, Adrian. "Transitional justice as ordinary justice". *Harvard Law Review*, Vol. 117.3, 2004, pp. 761-825.

entre justicia, verdad, reparación, desmovilización, búsqueda de paz y creación de un Estado de derecho<sup>21</sup>.

Si bien es cierto que existe consenso en la comunidad internacional sobre que el fin último de la aplicación de la justicia transicional debe ser la paz y la consecución de un régimen democrático, no hay unanimidad sobre si la disciplina debe limitarse a la paz negativa (modelo liberal) o, en cambio, debe pretender la transformación social y económica de la sociedad en cuestión para lograr lo que se ha denominado paz positiva (modelo social-demócrata). A manera de ejemplo, Pablo DE GREIFF ha mencionado que:

La justicia transicional, entendida de esta manera tiene todo el potencial de las medidas del derecho formal. Es más convincente afirmar que un régimen robusto de derechos ciudadanos es importante para el desarrollo (argumento que puede hacerse desde el punto de vista instrumental, constitutivo –el desarrollo consiste por lo menos en parte en la institucionalización de estos derechos– o constructivista –los derechos ciudadanos son necesarios para definir el contenido y el alcance del desarrollo) y que la justicia transicional puede contribuir al establecimiento o al fortalecimiento de tales regímenes mediante los mecanismos mencionados. Esta perspectiva resulta más conveniente que insistir en que, por ejemplo, programas de reparaciones (con presupuestos usualmente nimios desde el punto de vista macroeconómico) tienen un impacto positivo en el desarrollo<sup>22</sup>.

En contraposición, Oscar MATEOS, Farid BENAVIDES y Blanca CAMPS han criticado lo que llaman el modelo liberal de la justicia transicional diciendo que “la ausencia de políticas redistributivas nos muestra la necesidad de aplicar medidas fuera de la caja de herramientas de la Justicia Transicional para garantizar la justicia social”<sup>23</sup>. La idea es bastante simple pero poderosa pues las sociedades que han sufrido violaciones sistemáticas de DDHH o han atravesado un conflicto armado requieren –como precondition para una verdadera democracia<sup>24</sup>– no solamente la ausencia activa de

---

<sup>21</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del marco jurídico para la paz”, en BERNAL, Carlos; BARBOSA, Gerardo y CIRO, Andrés (eds.), en *Justicia Transicional: retos teóricos*, Vol.1, Bogotá 2016, pp. 54-55.

<sup>22</sup> DE GREIFF, Pablo. "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de derechos humanos*, No.7, 2011, p.39.

<sup>23</sup> MATEOS MARTÍN, Óscar; BENAVIDES, Farid y CAMPS, Blanca. "límites y desafíos de la Justicia transicional en las nuevas transiciones: un análisis crítico a partir de los casos de sierra leona, Marruecos y colombia." *Relaciones Internacionales*, UAM, No.38, 2018, p. 140.

<sup>24</sup> En otro tipo de literatura, se ha afirmado, por ejemplo, por FERRAJOLI, que la democracia tiene una dimensión pluridimensional –formal y sustantiva– que implica la garantía de derechos económicos y sociales deben ser garantizados para poder ejercer en pie de igualdad los derechos civiles y políticos. Esta teoría se complementa con los apuntes de RAWLS en la medida que el diseño de que una sociedad justa no debe tener una distribución arbitraria de recursos. Estas posiciones han sido criticadas por NINO y, siguiéndolo, también por MARTÍ, señalando lo que llaman la *paradoja de las precondiciones*, esto es, que si todo lo relativo a derechos fundamentales ya está decidido, entonces la democracia vale de poco pues no habría nada importante que decidir. Si bien este debate será fundamental posteriormente, aquí me

violencia sino la garantía de derechos sociales básicos que permiten el desarrollo del proyecto de vida de las personas<sup>25</sup>.

Igualmente, existe un intenso debate sobre si la disciplina ha alcanzado su límite tratando de imponer un conjunto de herramientas comunes a todos los procesos de transición, ignorando que cada proceso es único y no tomando en consideración las posibles diferencias de orden cultural para temas tan relevantes como la reparación de las víctimas o los métodos de justicia<sup>26</sup>. En todo caso, lo que ha quedado claro a partir de la experiencia es que todos los objetivos de la justicia transicional no pueden alcanzarse simultáneamente en el mismo grado<sup>27</sup>.

Generalmente, las herramientas de la justicia transicional han sido por excelencia: las comisiones de la verdad, los juicios penales, las amnistías y las medidas de reparación. A su vez, cada uno de estos mecanismos representa los valores verdad, justicia y reparación. Los Estados que han apostado en mayor medida por las comisiones de la verdad han fallado en implementar juicios penales en contra de los responsables, este sería el caso, entre otros, de Sudáfrica y Chile. Los Estados que han apostado por amnistías igualmente fallan en la elaboración de la verdad y la justicia; los Estados que se han concentrado en la justicia penal pocas veces logran la reparación de la totalidad de las víctimas y la construcción de un relato total sobre lo sucedido.

---

límite a tratar de reducir la tensión entre las dos posiciones: quién atienda la cuestión desde un punto de vista pragmático no puede negar que la garantía de un mínimo de derechos económicos y sociales tiene la potencialidad de mejorar la calidad del debate en una democracia formal. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. "Sobre la definición de "democracia": Una discusión con Michelangelo Bovero". *Isonomia*, 2003, no 19, pp. 231-232. RAWLS, John. *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, 2012, p. 80. NINO, Carlos. *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 110, 133. MARTÍ, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli. Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, *passim*.

<sup>25</sup> En este sentido, vid. MANI, Rama. "Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, No. 3, 2008, pp. 253-265.

<sup>26</sup> Según denuncia NAGY: "La comunidad internacional proporciona a los nuevos gobiernos frágiles un importante apoyo financiero, institucional y normativo para evaluar el pasado, atender las necesidades de las víctimas y sentar las bases de la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho. Sin embargo, también aparecen tendencias preocupantes de la comunidad internacional para imponer soluciones "talla única", tecnocráticas y descontextualizadas". Cfr. NAGY, Rosemary, "Transitional justice as global project: critical reflections", *Third World Quarterly*, 29.2, 2008, p. 275.

<sup>27</sup> LEEBAW, Brownwyn Anne. "The irreconcilable goals of transitional justice", *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 2008, pp. 95-118.

Al día de hoy, la doctrina se inclina generalmente por una *visión holística* de la justicia transicional<sup>28</sup>, entendiendo que solo mediante la combinación de amnistías, juicios penales, comisiones de la verdad, depuración de funcionarios que sirvieron en regímenes opresores, y programas de reparación es posible construir democracia y fortalecer el respeto a los DDHH, pues la aplicación aislada de las herramientas mencionadas anteriormente ha demostrado ser insuficiente e insatisfactoria<sup>29</sup>. Esto implica, por supuesto, que si todos los mecanismos de la justicia transicional son aplicados simultáneamente ninguno de los valores justicia, verdad y reparación pueden ser cumplidos al máximo.

Aún así, esta alternativa es desde la perspectiva jurídica –como se sostendrá a lo largo de la investigación– la mejor forma de honrar los fines de la justicia transicional y de garantizar los intereses sociales sobre verdad, justicia y reparación. Como se verá a lo largo del texto, no existe contradicción necesaria entre las funciones de una comisión de la verdad y los enjuiciamientos penales, más bien se trata de una relación de complemento recíproca. En línea con lo comentado, los testimonios de la comisión de la verdad pueden aportar elementos de investigación y prueba en juicios penales contra los “máximos responsables”; de igual manera, amnistías condicionadas pueden servir como incentivos para restablecer el orden y colaborar con una comisión de la verdad, mientras que la reparación civil de las víctimas puede ser un requisito para acceder a la amnistía condicionada.

---

<sup>28</sup> En este sentido, DE GREIFF ha abogado “...a favor de políticas de justicia transicional “holísticas”, comprehensivas, coherentes” ya que “descansa sobre una aspiración fundada de que la interrelación entre las diferentes medidas facilite que éstas, a pesar de las debilidades que aquejan a cada una de ellas, adquieran el sentido de medidas de justicia y no sólo de concesiones prudentes, de conveniencia a una realidad turbia y complicada”. DE GREIFF, Pablo. "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de derechos humanos*, No.7, 2011, p.25.

<sup>29</sup> A partir de un Proyecto que analiza datos sobre todos los mecanismos de justicia transicional –juicios, comisiones de la verdad, amnistías, reparaciones y depuraciones administrativas– de todos los países del mundo desde 1970 a 2007 se ha logrado alcanzar ciertas conclusiones generalizables. En primer lugar, queda claro que lidiar con la violencia del pasado es mejor para la democracia y los DDHH que ignorar lo sucedido. Además, ninguno de los mecanismos de justicia transicional por sí solos reducen las violaciones de DDHH ni mejoran la democracia, según varios indicadores como los de Freedom House, entre otros. Otra cuestión que merece resaltarse es que ni el enfoque maximalista –solamente juicios–, ni el enfoque minimalista de la justicia transicional –solamente amnistía o comisiones de la verdad– arrojan resultados positivos. Esto quiere decir que, contrario a lo que se cree desde el punto de vista normativo, la sola utilización de comisiones de la verdad no es positiva sino negativa, conforme demuestran pruebas empíricas. En cambio, el enfoque holístico se mueve en la dirección correcta en la medida que las siguientes combinaciones arrojan resultados positivos para la consolidación de la democracia y el respeto de los DDHH: 1. Juicios y amnistías; y, 2. Juicios, amnistías y comisiones de la verdad. Cfr. OLSEN, Tricia; PAYNE, Leigh and REITER, Andrew "The justice balance: When transitional justice improves human rights and democracy." *Human Rights Quarterly*. Vol 32, No. 4, November 2010, pp.991-997.

Aquí se ha procurado brindar una introducción, aunque sumaria, al concepto de justicia transicional, sus herramientas, las críticas a las que se enfrenta como disciplina, así como los fines que persigue y las tensiones inherentes aquellos. A lo largo de la investigación, se irá sustentando la siguiente idea: *la justicia transicional, en una dimensión normativa, implica la combinación de todas las herramientas de la disciplina. Solamente un programa que combine elementos de verdad, justicia y reparación puede merecer deferencia en sede internacional.* En la sección que sigue, me ocuparé de introducir el falso dilema entre justicia y paz que ha sido desarrollado en la literatura sobre justicia transicional.

## **1.2. El dilema entre la justicia y la paz**

Uno de los problemas que ha recibido mayor atención en el ámbito de la justicia transicional reside en el rol que debe cumplir el derecho penal en situaciones de macrocriminalidad<sup>30</sup>. Sin lugar a dudas, la comisión sistemática o masiva de graves violaciones de DDHH plantea importantes problemas morales y jurídicos. Por tanto, no es extraño que las sociedades que atraviesan conflictos de esta índole se cuestionen si lo preferible es garantizar la impunidad de los responsables si esto es una garantía de la transición pacífica a un régimen democrático<sup>31</sup> o si facilita la terminación del conflicto armado.

Aún si se decide que es necesario implementar alguna medida de justicia penal, las sociedades suelen plantearse otros interrogantes importantes, por ejemplo, si a los responsables de graves violaciones de DDHH deberían aplicárséles las penas más severas posibles o si, en cambio, resulta justificable alguna dosis de lenidad. Tampoco es extraño el cuestionamiento sobre si debería juzgarse a todos los que intervinieron en las injusticias masivas en calidades de autores, cómplices o encubridores o, si en contraposición, la justicia penal debería limitarse a la figura de los “máximos responsables”. Entre muchos otros, VAN ZYL ha destacado la dificultad de hacer frente al problema afirmando que:

---

<sup>30</sup> Una buena introducción al tema puede consultarse en HUYSE, Luc. "Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past", *Law & Social Inquiry*, vol. 20, No.1, 1995, pp.51-78.

<sup>31</sup> ACKERMAN ha insistido en que los esfuerzos por responder ante las injusticias del pasado malgastan el alto capital político-moral de los gobiernos de transición y su débil institucionalidad. Cfr. ACKERMAN, Bruce. *The Future of the Liberal Revolution*. New Haven, Yale University Press, 1992, p. 71.



...si los sistemas de justicia penal eficientes no pueden hacer frente a los delitos masivos o sistémicos, los sistemas de justicia penal en sociedades en transición son aún menos propensos a tener éxito en condenar a más de una pequeña fracción de los perpetradores. La implicación alarmante de esta afirmación es que incluso en aquellas sociedades en transición en las que no hay propiamente una amnistía, la escala de delincuencia pasada combinada con la naturaleza de sus sistemas de justicia penal resulta a menudo en una amnistía de facto<sup>32</sup>.

Se trata, en definitiva, de un dilema jurídico y moral que refleja claramente la tensión existente entre los fines perseguidos por la justicia transicional y los mecanismos que podría emplear. Dicho de otro modo, la justicia transicional pretende consolidar el régimen democrático y restablecer un Estado de Derecho fundado en la igualdad de todos los miembros de la sociedad. Sin embargo, la adopción de mecanismos de perdón estatal –como la amnistía a los represores del régimen pasado o la aplicación de alternativas penales– implicaría desconocer, precisamente, el principio de igualdad sobre el que se funda el Estado de Derecho.

En consecuencia, parece acertada la observación de Carlos BERNAL PULIDO en el sentido de que la justicia transicional encierra una aporía: restablecer la democracia y el Estado de Derecho a través de medidas cuestionables en términos democráticos y que resultan desigualitarias al premiar, en cierta medida, la desobediencia al Derecho<sup>33</sup>.

A pesar de lo mencionado, la idea que inspira la presente investigación es que la innegable tensión entre fines y medios legítimos puede reducirse efectivamente si los mecanismos de la justicia transicional operan bajo una lógica de necesidad, proporcionalidad y legitimidad democrática como sugiere BERNAL PULIDO<sup>34</sup>. Como se puede inferir, los mecanismos que pueda adoptar un modelo de justicia transicional

---

<sup>32</sup> VAN ZYL, Paul. "Dilemmas of transitional justice: The case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *Journal of international Affairs*, Vol. 52, No.2, 1999, p.661.

<sup>33</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. "La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del marco jurídico para la paz", en BERNAL PULIDO, Carlos; BARBOSA, Gerardo y CIRO, Andrés (eds.), en *Justicia Transicional: retos teóricos*, Vol.1, Bogotá 2016, p. 35.

<sup>34</sup> "...I endorse the Court's reasoning that the adoption of transitional justice mechanisms under a permanent constitution is constitutional, provided those mechanisms limit essential principles of the constitution only to a degree proportionate to the degree to which they achieve their aims under the international and transnational legal framework for transitional justice. Constitutional courts can thus play a valuable role in constitutional transitions, providing the forum for a particular form of constitutional dialogue. As such, it is proper for them to assess whether adopted transitional justice mechanisms are suitable, necessary, and proportionate for achieving the specific goals of a constitutional transition". BERNAL PULIDO, Carlos. "Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia", *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, Vol. 3, No.4, 2014, p. 1142.

funcionan como una válvula de escape al ser conflictos que el Derecho no puede solucionar o al menos no puede resolver perfectamente.

Es difícil eludir el hecho de que las medidas de gracia –principalmente la amnistía– privan a las víctimas de facultades que tendrían en casos de criminalidad ordinaria en los que el Estado se encuentra en capacidad de garantizar la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico, como reclamar indemnizaciones civiles por los daños sufridos, excitar la potestad público-estatal penal en contra de los presuntos responsables y conocer los pormenores de los crímenes a través de la verdad procesal.

A pesar de aquello, de no existir incentivos atractivos para los responsables es probable que aquellos prefieran mantenerse en el poder, en el caso de tratarse de un gobierno dictatorial, o abstenerse de participar en un proceso de paz negociada, en caso de tratarse de un conflicto civil armado entre el Estado y grupos armados, lo que tendría como consecuencia prologar el conflicto. De acuerdo a la literatura, existen al menos tres posturas sobre la cuestión.

### **1.3. Impunidad cero, impunidad y derecho penal limitado**

La corriente doctrinaria que en adelante se denominará absolutismo punitivo, de lucha contra la impunidad o de “impunidad cero”, impera en los tiempos modernos y goza de una importantísima mayoría de adeptos por su fuente, órganos de aplicación, el tipo de delitos a los que aplica la doctrina; y, especialmente, las indeseables personas que son *objeto* de la doctrina de la lucha contra la impunidad. Como ha reconocido el profesor SILVA SÁNCHEZ:

Su buena fama se debe, en muy amplia medida, al ámbito concreto en que se han forjado: el de los delitos contra la humanidad; también, a los órganos que las han ido elaborando: tribunales internacionales y, siguiéndolos, tribunales constitucionales nacionales; finalmente, a la fuente de la que se han extraído: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos<sup>35</sup>.

Quienes defienden esta doctrina sostienen que las medidas de gracia, como la amnistía o el indulto, no pueden ser aplicadas en ningún caso a determinadas infracciones pues

---

<sup>35</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del Autor". *Derecho Penal y criminología*, Vol. 29, 2008, p. 151.

aquello implicaría la violación de *derechos inderogables de las víctimas o normas de ius cogens* que obligan a los Estados a perseguir crímenes internacionales, es decir, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio<sup>36</sup>. Se trata, en definitiva, de una postura principialista y neo-kantiana.

Como ha resumido DORADO PORRAS, quienes defienden esta posición –entre otros, Borneman, Orentlicher y Roth-Arriaza– se basan en los siguientes argumentos: I. Los enjuiciamientos penales conducen al Estado al camino de la democracia al demostrar que no hay excepciones en la aplicación de la ley, lo que contribuye a reestablecer la confianza de la ciudadanía en el imperio de la ley. II. La aplicación de la ley por medio de juicios penales contribuye al cumplimiento de valores que son valiosos en sí mismos y que se manifiestan en las ideas de retribución, prevención general, prevención especial y reinserción. III. Solamente a través de los juicios penales puede satisfacerse las obligaciones del Estado derivadas del derecho internacional y los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación<sup>37</sup>.

La prevención general de los delitos en el futuro ha sido una de las banderas de la doctrina de lucha contra la impunidad. Así lo sostuvo, por ejemplo, el Fiscal en Jefe Robert JACKSON, al mencionar que los juicios de Núremberg eran necesarios “para hacer la guerra menos atractiva aquellos que tienen en su poder el destino de sus gobiernos y de la gente”<sup>38</sup>. Con idéntico razonamiento el experto independiente de la ONU, Louis JOINET<sup>39</sup>, informó en 1958 que “el disuasivo más efectivo al uso de la

---

<sup>36</sup> El professor BASSIOUNI señalaba en 1996 que aún no existía una práctica estatal consolidada que diera cuenta de que los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, hubieren creado por vía consuetudinaria unas obligaciones del género *ius cogens*, esto es, obligaciones inderogables. Más adelante se verá el criterio de la Corte IDH sobre la cuestión, que es que los crímenes internacionales crean, en efecto, obligaciones del género *ius cogens*. En general, vid. BASSIOUNI, M. Cherif. "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes." *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, Autumn 1996, *passim*.

<sup>37</sup> Esta fue la tesis dominante en la década de 1990. Cfr. DORADO PORRAS, Javier. "Justicia transicional". *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 8, 2015, p. 195.

<sup>38</sup> ELSTER, Jon. "Moral Dilemmas of Transitional Justice", en BAUMANN, Peter y BETZLER, Monika, en *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 300.

<sup>39</sup> En 1983, la “subcomisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las minorías” encargó al jurista Louis Joinet un estudio en el que se analizara la importancia que las leyes de amnistía podrían tener en “la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, que fue publicado en 1985. Empero, en 1991, la subcomisión solicitó a Joinet otro estudio en el que se analice como las amnistías, en lugar de contribuir a la promoción de los derechos humanos, pueden constituir un obstáculo para la lucha contra la impunidad. El nuevo informe de Joinet, publicado en 1997, supone un cambio drástico y súbito en la posición de la ONU en materia de amnistías y justicia transicional. Cfr. JOINET, Louis, “*Estudio sobre las Leyes de Amnistía y su Papel en la Salvaguarda y Promoción de los Derechos Humanos*”, UN Doc. E/CN.4/sub.2/1985/16/Rev.1. También,

tortura es la certeza de parte de los torturadores de que algún día serán requeridos para rendir cuentas por sus acciones”<sup>40</sup>.

A pesar de que la práctica pueda mostrar ejemplos contradictorios<sup>41</sup>, lo cierto es que, siguiendo la doctrina de la lucha contra la impunidad, el Secretario General de la ONU recomendó en 2004 que se rechacen las amnistías para infracciones como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como delitos relacionados con la discriminación étnica, el género y el sexo; y, que se garantice que ninguna amnistía concedida constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado bajo el auspicio de la ONU o que sea asistido por esta<sup>42</sup>.

Esta corriente tiene referencias bastante claras en el ECPI por el que se constituye la CPI. En el preámbulo de lo que ha sido entendido como la codificación de la *lex criminal internacional* se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y que los estados parte están “decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”, y que es “deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...”<sup>43</sup>.

Un segundo sector de la literatura especializada considera, en cambio, que los argumentos a favor de la lucha contra la impunidad presentan serios problemas de justificación. A manera de ejemplo, Ezequiel MALARINO ha argumentado que:

---

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

<sup>40</sup> JOINET, Louis, “Estudio sobre las Leyes de Amnistía y su Papel en la Salvaguarda y Promoción de los Derechos Humanos”, UN Doc. E/CN.4/sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 74.

<sup>41</sup> Como ha comentado Kai AMBOS: “Sin embargo, la ONU ha tomado parte en negociaciones de paz con una amnistía sobre la mesa (por ejemplo, en El Salvador, Guatemala, Haití, Sierra Leona) y de este modo ha dado a tales amnistías una clase de legitimidad internacional. En el caso probablemente más dramático, el Acuerdo de Lomé, este camino de malabarista forzó al representante especial a anexar una “declaración interpretativa” al Acuerdo según la cual “[L]a ONU interpreta que la amnistía y los indultos previstos en el art. 9 del Acuerdo no serán aplicables a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones graves al derecho internacional humanitario”. Vid. AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 66-67.

<sup>42</sup> ONU, Informe del Secretario General, S/2004/616, “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, del 3 de agosto de 2004, p. 24.

<sup>43</sup> Algunos autores sostienen que si bien el ECPI es un tratado internacional –y en consecuencia solamente vincula a los Estados parte, por lo que solamente aquellos que lo hayan ratificado tendrían la obligación jurídica de perseguir penalmente crímenes internacionales– aquel refleja una especie de *conciencia jurídica universal en materia penal* que, más bien, recogería por escrito un derecho internacional consuetudinario.

...Desde un plano estrictamente moral no parece convincente arriesgar la vida e incolumidad física de los habitantes de una región para advertir a futuros y eventuales dictadores lo que les sucederá si emprenden el camino del delito. Esto equivaldría a proteger a personas frente a daños futuros eventuales al costo de exponer a otras a daños actuales ciertos<sup>44</sup>.

En el extremo contrario a las teorías de impunidad cero, este sector de la doctrina admite la posibilidad de dejar en impunidad total graves violaciones de DDHH. Esta impunidad no se limita al derecho penal, sino que podría extenderse también a las indemnizaciones civiles e incluso a la responsabilidad administrativa. Se trata efectivamente de un *perdón en blanco*. Básicamente, quienes abogan por esta corriente sostienen que la paz es un valor supremo, reflejado en la Carta de la ONU como objetivo primario de la organización y un requisito previo para la existencia del Estado, que a su vez es una condición necesaria para considerar si quiera el uso del derecho penal.

Igualmente, críticos como Daniel PASTOR han objetado que el *poder penal internacional* sea unilateral, es decir, que solamente los países más pobres y caóticos sean los que en la práctica deban juzgar violaciones masivas o sistemáticas de DDHH; que las democracias ricas y estables o no se someten al ECPI o hay ínfimas probabilidades de que uno de aquellos crímenes se cometa en su territorio<sup>45</sup>. Se trataría, además, de un poder penal en cierta medida injusto pues existe una obligación general de castigar sin que en contrapartida exista una obligación de todos los Estados a colaborar económicamente con la reparación y mejora de las condiciones de vida del Estado en transición<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> MALARINO, Ezequiel, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas." En AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.), en *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 424.

<sup>45</sup> En sus palabras, "la jurisdicción penal internacional podría ser vista como un poder judicial exclusivo para subdesarrollados". Vid. PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006, p.91.

<sup>46</sup> Daniel PASTOR ha dicho que: "No se entiende porque hay hechos criminales tan graves que "conmueven profundamente la conciencia de la humanidad...y tienen trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, pero no hay situaciones socio-económicas críticas que tengan ese mismo poder de conmoción ni esa misma trascendencia como para llevar a la comunidad internacional a reaccionar de la misma manera. En estos casos, por el contrario, se considera que el problema es de cada país...". Ídem, p. 94.

Otro de los los argumentos más relevantes en contra de la prohibición de amnistías para graves violaciones de DDHH ha sido recogido por DORADO PORRAS, que crítica el déficit participativo de instituciones internacionales:

Cuando estas amnistías reflejan un claro sentimiento público en la comunidad doméstica, la posición de *tolerancia cero* puede verse como una interferencia de la comunidad internacional a los ojos de la población local y tener un efecto negativo en la legitimidad de quienes defienden esta política, especialmente si se tiene en cuenta que el derecho internacional es mucho menos público y participativo que el derecho doméstico y que muchos de los Estados occidentales que marcan la agenda de la comunidad internacional han utilizado las amnistías en el pasado. Así, la posición de Naciones Unidas puede ser vista como una doble moral o rasero que se utiliza, ahora, para condenar a muchos Estados que se sitúan en *los márgenes* de la comunidad internacional -especialmente si se trata de Estados *débiles* o *fallidos*- a una espiral de violencia y conflicto de difícil solución<sup>47</sup>.

Desde un enfoque centrado en el derecho penal y en la necesidad de la pena, se ha sostenido que “cuando todos son culpables, nadie lo es”; y, que cuando un régimen opresor ha sido defenestrado, no se compadece con la prevención general ejercitar la potestad punitiva del Estado. Por ejemplo, para el profesor alemán Gunther JAKOBS, la pena tiene justificación en la medida que se pueda imputar a un sujeto una conducta como suya y no como el resultado de hechos fuera de su dominio. En ese contexto, la pena tiene sentido solo si es necesaria para restablecer la vigencia de la norma. Por ese motivo, en su análisis sobre los juicios de Núremberg, JAKOBS afirma que lo que estaba siendo analizando no era otra cosa que la propia legalidad del Estado Nazi, lo que condujo a la suspensión del principio de irretroactividad<sup>48</sup>.

En la misma línea, cuando analiza el caso de los guardias del muro de Berlín que disparaban a civiles intentando escapar de la RDA, JAKOBS entiende que la conducta no era merecedora de reproche penal, pues los guardias del muro actuaban en virtud de una norma considerada válida dentro del sistema jurídico de la RDA. Entonces, siendo los soldados reemplazables dentro de un sistema, y habiendo ese sistema desaparecido, no habría, para JAKOBS, necesidad alguna de pena, siendo lo mejor optar por el olvido<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> DORADO PORRAS, Javier. "Justicia transicional". *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 8, 2015, p. 196.

<sup>48</sup> JAKOBS, Gunther. “¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, pp. 137-158.

<sup>49</sup> Ídem, p. 152. En palabras de JAKOBS: “cuando la política ha pervertido el Derecho de tal forma que el homicidio de un hombre que no quiere otra cosa que su libertad ambulatoria no solamente esta permitido, sino que incluso esta mandado, entonces, el autor que ejecuta el homicidio es justamente el producto de

Para este sector de la doctrina, aplicando una ética consecuencialista al caso de la justicia transicional, una medida de gracia no sería correcta o incorrecta en sí misma sino en la medida que logre la restauración del Estado de Derecho. Sobra decir que el sector *minoritario* que defiende esta posición no lo hace porque considere que la impunidad sea en sí misma la alternativa moralmente correcta. La mayoría alegraría que si el Estado se encuentra en posibilidades de reprimir el injusto penal debe hacerlo siempre que ello no arriesgue el objetivo primario de la paz<sup>50</sup>. En síntesis, no admiten ponderación alguna entre los valores de justicia y paz, optando siempre por esta última<sup>51</sup>.

Partiendo de las premisas fijadas anteriormente, este sector rechaza la existencia de una condición de causalidad entre la punición de las graves violaciones de DDHH, la consolidación de la paz y desarrollo económico. Nuevamente, en palabras del argentino de Ezequiel MALARINO:

¿O es que, en España, Italia y muchos otros países que cerraron las puertas a la justicia penal luego de crímenes estatales gravísimos no reina la paz y no se respira democracia? O bien ¿es que el déficit de democraticidad que en ellos pudiera haber, si es que lo hay, se debe a esta ausencia de punición? ¿Es que la ejecución por ahorcamiento de Jodl, Kaltenbrunner, Keitel, von Ribbentrop, Streicher y otros tantos más contribuyó a la democracia alemana de modo que habría que esperar que el ahorcamiento de Hussein contribuya a la paz y a la democracia en Irak? ¿Fue efectivamente el castigo de los jefes nazis y nipones lo que llevó la democracia a esos países?, ¿o lo fue más bien el colapso de esos estados criminales, la vergüenza colectiva por lo sucedido y el enorme bienestar económico que esos países, no sin notable ayuda externa, lograron a partir de

---

ese ordenamiento pervertido, un eslabón en la genesis del conflicto, pero no su causa. La causa es la miseria de la política; esto es encubierto, y el conflicto es trasladado de su dimensión política a la individual”.

<sup>50</sup> Como ha afirmado FREEMAN: “Finalmente, la mejor y quizá única norma que se puede dar a los gobiernos transicionales es que persigan cuanta justicia transicional sea posible y solo cuanto sea prudente. Aunque esto normalmente implique ceder o sacrificar derechos individuales en favor de metas colectivas como la paz social, el desarrollo económico y la consolidación democrática, la máxima preocupación de los gobiernos transicionales debe ser evitar el retorno al pasado. No hay forma de ignorar que sin paz, las metas fundamentales de la justicia transicional no pueden si quiera empezar a atenderse”. FREEMAN, Mark. "Transitional justice: fundamental goals and unavoidable complications". *Manitoba Law Journal*, vol. 28, no. 1, 2000-2002, p.122.

<sup>51</sup> “El fin de un proceso de transición no debe ser la búsqueda de un equilibrio entre justicia y paz. Entre estos dos valores no debería haber una negociación (trade off) en el sentido de que se debe renunciar parcialmente a cada uno de ellos para encontrar el justo medio. Esta imagen mercantilista, usual en las discusiones de justicia de transición, es extremadamente peligrosa, pues acepta quiebras de la paz para lograr la punición; para ponerlo de modo brutal: justifica muertes para obtener castigo. Es indudable que un proceso de transición presupone una tensión entre justicia y paz, pero la solución de esta tensión no puede resolverse por medio de una ponderación”. Malarino, *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, 2013, p. 216.

esa época? La consolidación de la paz y de la democracia tiene mucho menos que ver con el derecho penal de lo que habitualmente se cree...<sup>52</sup>

Finalmente, existe también una corriente *ecléctica* –que es en mi opinión la doctrina dominante al día de hoy– que trata de reunir los extremos de la doctrina que propugna la lucha absoluta contra la impunidad y la doctrina que eventualmente admitiría la impunidad absoluta. Estas doctrinas podrían reunirse en un punto común, este es, la aplicación limitada del derecho penal. Como defiende, entre otros, Rodrigo UPRIMNY, una democracia se edifica sólidamente a largo plazo sobre la base de la aplicación de la justicia, sin embargo, a corto plazo “pueden existir tensiones entre las exigencias de la justicia y las dinámicas de la paz, por lo que puede resultar necesario flexibilizar, aunque no anular, ciertos requerimientos de justicia en pro de la consecución de la paz”<sup>53</sup>.

Se trata entonces de juicios penales selectivos, generalmente, dirigidos contra los “máximos responsables” y con propósitos ejemplarizantes. Quienes abogan por esta argumentación parten de la premisa de que permitir la impunidad total de los autores podría conllevar consecuencias negativas a la sociedad como la revictimización, la perpetuación de situaciones de desigualdad de poder –ciudadanos de segunda categoría– y eventualmente nuevos conflictos por no solucionar las causas subyacentes al conflicto originario<sup>54</sup>.

Quienes adhieren a esta corriente suelen compatibilizar el juzgamiento de los “máximos responsables” con la posibilidad de dictar una amnistía a favor de todos los crímenes políticos y ordinarios siempre que no se trate de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio<sup>55</sup> (aunque como veremos posteriormente en detalle inclusive este

---

<sup>52</sup> MALARINO, Ezequiel, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas." En AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.), en *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 423.

<sup>53</sup> UPRIMNY, Rodrigo. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en UPRIMNY, Rodrigo (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, p. 20.

<sup>54</sup> KRITZ, Neil. "Coming to terms with atrocities: A review of accountability mechanisms for mass violations of human rights". *Law & Contemp. Probs.*, vol. 59, 1996, pp. 127-128.

<sup>55</sup> "The provisions of the amnesty law itself should be as limited as possible. For example, those who are 'most responsible' could be excluded or the most serious crimes could be exempted from the amnesty. Alternatively, the amnesty could only apply to members of particular organizations who agree to engage with democratic and peaceful systems of government". Vid. MALLINDER, Louise, "Can Amnesties and



límite ha sido cuestionado)<sup>56</sup>. A su vez, quienes abogan por un derecho penal limitado hacen una diferenciación entre *amnistías absolutas* y *amnistías condicionadas*, admitiendo la validez jurídica de estas últimas. Entre los autores que defienden esta posición se encuentra el alemán Kai AMBOS que ha afirmado:

...el deber de perseguir es considerado en general una regla o principio y como tal permite excepciones —estrictamente definidas—. Desde un punto de vista político, la necesidad práctica de un instrumento de negociación —aunque como último recurso— en procesos de paz o reconciliación internos exige un enfoque más flexible. Con respecto a las amnistías, es necesario un enfoque de dos frentes o bifurcado para distinguir entre amnistías absolutas, por un lado, y amnistías condicionales, limitadas, por el otro<sup>57</sup>.

En síntesis, la postura ecléctica no percibe la aplicación del derecho penal como un enemigo absoluto de la transición. Por ejemplo, SIKKINK y WALLING han ilustrado la cuestión con el caso de Argentina, pues ha sido el país que se ha mantenido en democracia por el período más largo y, a pesar de los temores sobre el peligro al régimen democrático por insistir en juicios penales, lo cierto es que es uno de los países latinoamericanos con más procesos penales por graves violaciones de DDHH en tiempos de dictadura<sup>58</sup>.

#### **1.4. La genealogía de la justicia transicional**

Uno de los ensayos más importantes en la disciplina es, sin lugar a dudas, *la genealogía de la justiticia transicional* de Ruti TEITEL. Tomando este ensayo como punto de partida, en la presente sección se realizará un repaso del desarrollo de la disciplina en clave histórica con el propósito de demostrar que la práctica estatal no demuestra la existencia de un deber absoluto de persecución penal contra crímenes proscritos por el DPI. De igual forma, se pretende poner sobre la mesa el hecho de que las amnistías e indultos han sido constantemente aplicados a lo largo de la historia y, en

---

International Justice be Reconciled?" *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, p. 228.

<sup>56</sup> Vid. AMBOS, Kai. "El marco jurídico de la justicia de transición", en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, p.59.

<sup>57</sup> Ídem, p.40.

<sup>58</sup> Inclusive, en términos más generales y en base a un estudio empírico, las autoras afirman que: "Desde 1978, cuando se iniciaron los primeros juicios en la región, sólo ha habido tres ejemplos de golpes de Estado en América Latina y ninguno fue provocado por los juicios sobre derechos humanos. Los 14 países restantes que utilizaron juicios no han tenido un intento exitoso de golpe de estado...Los datos de América Latina no proporcionan evidencia de que los juicios de derechos humanos hayan contribuido a socavar la democracia en la región". Vid. SIKKINK, Kathryn, and WALLING, Carrie. "The impact of human rights trials in Latin America." *Journal of peace research*, 44.4, 2007, p.435.

su momento, inclusive con la anuencia de la CIDH. Siguiendo el modelo propuesto por TEITEL, dividiré también el estudio del desarrollo de la justicia transicional en tres grandes fases<sup>59</sup>.

Aunque existen importantes objeciones a la clasificación propuesta por TEITEL, entre ellas, que peca de reduccionista, aquella es suficientemente ilustrativa y útil para los fines expositivos de este trabajo<sup>60</sup>. De acuerdo a su clasificación, los orígenes de la justicia transicional se remontan a la fase I, tras la Primera y Segunda Guerras Mundiales. Por otra parte, la fase II consistió en las transiciones políticas del cono sur latinoamericano y en la transición sudafricana. Finalmente, TEITEL distingue también una fase III que consiste en la normalización del discurso de la justicia transicional.

Adelantando conclusiones, un análisis pausado conduce a la reflexión de que no es realmente de justicia transicional aquella transición en la que no existe un balance entre intereses contrapuestos como el interés por justicia y el interés concurrente por la paz. De este modo, no resulta correcto identificar como justicia transicional a las llamadas *transiciones punitivas* ni tampoco a las *transiciones amnésicas*. En relación a este último tipo de transiciones, en las que la renuncia al castigo penal es total, injustificada y además desproporcional en atención a otros valores del Estado de Derecho, resulta perfectamente legítimo que la sociedad afectada, en el futuro, cuando las condiciones de hecho lo permitan, retomen pretensiones retributivas por medio de procesos penales dado que las limitaciones al *ius puniendi* no se dieron en razón de un proceso de *justicia transicional* sino que fue, más bien, una *transición sin ningún tipo de justicia*.

### **1.4.1. Primera fase: la justicia de posguerra**

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los Aliados optaron por juzgar a los criminales de guerra ante tribunales internacionales en lugar de procesarlos ante tribunales locales como hicieron tras la Primera Guerra Mundial. Este cambio de jurisdicción se impulsó

---

<sup>59</sup>TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.16, Cambridge, MA, 2003, pp. 69-94.

<sup>60</sup> Una de las objeciones a la clasificación es que peca de reduccionista, por ejemplo, las transiciones de Ruanda y Yugoslavia se desarrollaron, cronológicamente, en el periodo de postguerra fría, sin embargo, el modelo de justicia adoptado fue retribucionista y basado en tribunales penales con componentes internacionales, lo que es propio de lo que TEITEL encuadra en la Fase I. Vid. UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en RETTBERG, Angelika (comp.), en *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá 2005, pp. 215-216.

porque los juicios penales conducidos en Alemania tras la Primera Guerra Mundial no tuvieron un efecto disuasorio suficiente para evitar nuevos conflictos bélicos y se caracterizaron por ser más bien simbólicos. Tal como menciona OTENHOF “de las veinte mil personas identificadas por la Comisión de Crímenes de Guerra de 1919, sólo veintidós habían sido juzgadas en 1923 por el Tribunal Supremo de Leipzig”<sup>61</sup>.

Evidentemente, la falta de intención de la autoridad local de someter a juicio a los criminales alemanes no fue el factor detonante de la Segunda Guerra Mundial. Si se debe señalar una causa capaz de despertar sentimientos de frustración y resentimiento en el pueblo alemán, la respuesta se encontrará sin dificultad en el artículo 231 del tratado de paz de Versalles de 1919. A través de la citada disposición se impuso a Alemania una cláusula de responsabilidad bélica por la cual asumió todos los daños provocados a los Aliados y a sus asociados que hubieran sido producto de la guerra.

El tratado de Versalles contemplaba un conjunto de gravosas obligaciones territoriales, militares, políticas, laborales y económicas a cargo de Alemania que fueron criticadas por desproporcionales y contraproducentes con el objetivo final de la consolidación de la paz en Europa<sup>62</sup>. Entre las sanciones financieras y económicas contenidas en la Parte IX y X del tratado de Versalles, destacan el pago de una indemnización de 132.000 millones de marcos-oro alemanes y la expropiación de propiedad privada alemana en territorios y colonias perdidas.

Adicionalmente, se establecía la entrega anual de 44 millones de toneladas de carbón y de 371.000 cabezas de ganado; la mitad de la producción química y farmacéutica del país, así como la totalidad de la producción de cables submarinos durante cinco años. La gravedad de estas sanciones sin duda afectó a la población civil, instrumentándose entonces como una *sanción colectiva*. La onerosidad de la sanción puede ponerse en

---

<sup>61</sup> OTENHOFF, Reynald. "La justicia penal internacional en el tercer milenio: surgimiento de la Corte Penal Internacional." *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, no. 20, 2006, p.77.

<sup>62</sup> En su obra, KEYNES critica las sanciones desproporcionadas impuestas por los Aliados a Alemania. Además, sugiere alternativas para la reparación de Europa y augura consecuencias negativas del tratado para el mantenimiento de la paz. KEYNES, John Maynard. *Las consecuencias económicas de la paz*, Editorial crítica, Barcelona, 1987, pp. 41-81. En contraposición, Gary BASS considera que existe una obligación moral de que el vencido sufrague los costos de la guerra invocando a clásicos liberales como Montesquieu, Angell o Rawls y James Madison. Este último sugirió en 1972 que cada generación debía cargar con el peso de sus guerras en lugar de imponer esa carga a las generaciones futuras. De tal suerte, las reparaciones económicas le mostrarían a los Estados agresores que, literalmente, la guerra no paga. BASS, Gary, "Jus post bellum". *Philosophy & Public Affairs*, Wiley, Vol. 32, No. 4, 2004, p.410.

contexto al considerar que Alemania logró liquidar totalmente las reparaciones de guerra en octubre de 2010. En palabras del propio John Maynard KEYNES, economista delegado por Gran Bretaña para la firma del tratado de paz:

La política de reducir a Alemania a la servidumbre durante una generación, de envilecer la vida de millones de seres humanos y de privar a toda una nación de felicidad, sería odiosa y detestable, aunque fuera posible, aunque nos enriqueciera a nosotros, aunque no sembrara la decadencia de toda la vida civilizada de Europa. Algunos la predicán en nombre de la justicia<sup>63</sup>.

Estos sucesos fueron determinantes en el ascenso al poder de Adolfo Hitler y el triunfo del Partido Nacional Socialista Alemán en 1933. No se puede obviar el hecho de que Hitler logró la recuperación de la economía alemana y el rearme militar del país, lo que lo dotó de inmensa popularidad y facilitó la instauración del régimen de terror nazi que duraría hasta 1945 y que dejó como principales víctimas a más de seis millones de miembros de la comunidad judía, sin contar con los actos inhumanos perpetrados en contra de homosexuales, testigos de Jehová, prisioneros de guerra, disidentes políticos y la población de Polonia y otros Estados europeos.

### **1.4.2. Los juicios de Núremberg**

Cuando los Aliados verificaron que el modelo de sanciones colectivas fracasó, adoptaron un nuevo modelo basado en juicios penales con sanciones individuales para poner punto final al sentimiento de culpa colectiva, provocado, se supone, por el solo hecho de ser alemán, y dejar en claro que la responsabilidad por los atroces eventos no correspondía a la nación sino a individuos identificables, y prevenir, de esta manera, la renovación de los ciclos de venganza a los que se refiere Martha MINOW<sup>64</sup>.

De esta manera el nuevo enfoque liberal ya no pretendía tanto la responsabilidad internacional del Estado sino la responsabilidad del individuo por sus propios actos<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> KEYNES, John Maynard. *Las consecuencias económicas de la paz*, Editorial crítica, Barcelona, 1987, p.145.

<sup>64</sup> “The emphasis on individual responsibility offers an avenue away from the cycles of blame that lead to revenge, recrimination, and ethnic and national conflicts...” MINOW, Martha. *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*. Beacon Press Books, Boston, 1998, p.40.

<sup>65</sup> TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.16, Cambridge, MA, 2003, pp. 72 y ss.

Para cumplir este objetivo, los Aliados constituyeron –aunque no sin controversia<sup>66</sup>– el Tribunal Militar Internacional Penal (TMIP) a través del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, firmado por los gobiernos de Estados Unidos de América, el gobierno provisional de la República Francesa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

La función del tribunal sería juzgar y sancionar a los individuos responsables del régimen nazi y de la Segunda Guerra Mundial. En cuanto a su composición, cada Estado vencedor designó un juez titular y uno suplente para constituir el tribunal, que actuaría bajo el modelo penal adversarial, con rasgos muy parecidos a los del modelo estadounidense.

De tal suerte, el expresidente estadounidense Harry Truman designó como Fiscal Jefe al juez asociado de la Corte Suprema de EE.UU Robert Jackson, quien lideró la acusación<sup>67</sup>. Los procesos judiciales se condujeron en la ciudad de Núremberg –por ser una de las ciudades con menores daños provocados por la guerra– iniciando el 20 de noviembre de 1945 y finalizando el día 31 de agosto de 1946. El artículo 6 del Estatuto del TMIP, aprobado tras la Segunda Guerra Mundial por los Aliados, otorgaba competencia a los jueces para dirimir en torno a tres tipos de delitos entre los que no se incluía el genocidio<sup>68</sup>:

- a) **Crímenes contra la paz:** a saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

---

<sup>66</sup> Como comenta Daniel PASTOR, “...el plan original respecto de los jefes consistía aparentemente en ejecutar, en fusilar sumariamente a todos los altos cargos del nacional-socialismo...este tipo de soluciones fueron propuestas por Stalin y alentadas por un tiempo por Churchill y el propio Franklin D. Roosevelt. Me refiero al expediente de identificar a los líderes más conspicuos del nazismo, rodearlos en alguna plaza pública o en un galpón de ferrocarril y eliminarlos sin más trámite. La propuesta de Stalin consistía concretamente en fulisar a unos 50.000 dirigentes principales, pero al final los Estados occidentales opusieron la necesidad de representar juicios previos, pues la ejecución directa les parecía demasiado salvaje”. Vid. PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006, p.39-40.

<sup>67</sup> Cada Signatario tenía derecho a nombrar un Fiscal Jefe, de conformidad con el artículo 14 del Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg. Según establece el artículo 23 del mismo Estatuto, los fiscales podían comparecer de manera individual o conjunta en todos los juicios conducidos por el Tribunal.

<sup>68</sup> El delito de genocidio surge en el seno de la Asamblea General de la ONU con la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio” que fue abierta a proceso de firma y ratificación el 9 de diciembre de 1948 y entró en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII de la propia convención.

- b) **Crímenes de guerra:** a saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;
- c) **Crímenes contra la humanidad:** a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan<sup>69</sup>.

Hasta el día de hoy, una de las críticas más incisivas dirigidas en contra del TMIP gira en torno a su naturaleza ad-hoc, al haber sido creado *ex post facto* para juzgar actos anteriores y específicos, cuando ninguna *persona* debe ser juzgada por tribunales de excepción y la competencia para juzgar delitos se fundaba en criterios de territorialidad<sup>70</sup>.

Esta objeción se sumó al reclamo por la falta de imparcialidad e independencia del tribunal pues todos los procesados fueron alemanes y no se sometió a juicio ningún caso sobre crímenes de guerra perpetrados por los Aliados en contra de Alemania<sup>71</sup>. Una segunda crítica al TMIP es que al tiempo del cometimiento de los atroces actos no existían instrumentos de DPI que los tipificaran expresamente como delitos<sup>72</sup>. De hecho, la poderosa voz de Hans Kelsen levantó una queja de principio en este sentido:

---

<sup>69</sup> Estatuto del Tribunal Militar Internacional, 1945.

<sup>70</sup> Los tribunales penales especiales se encuentran prohibidos por la cultura jurídica y son contrarios al derecho fundamental de todo acusado a ser juzgado por un poder judicial establecido previamente por la ley. Hoy en día, los tribunales ad-hoc se encuentran proscritos en el artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cfr. PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006, p.47-48.

<sup>71</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, p.29

<sup>72</sup> "Uno de los grandes puntos polémicos desde entonces, consistía en saber en qué medida los aliados poseían una base jurídica legítima para sancionar ante una jurisdicción internacional creada por ellos mismos...". GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. "Los procesos de Núremberg y Tokio: Precedentes de la Corte Penal Internacional". *Ars Iuris*, No. 29, Universidad Panamericana, 2003, p. 125.

Si los principios aplicados en los juicios de Núremberg fueran a constituir un precedente – uno legislativo más que uno judicial – entonces, después de la siguiente guerra, los Gobiernos de los Estados victoriosos intentarían enjuiciar a los miembros del gobierno de los Estados derrotados por haber cometido crímenes determinados de manera unilateral y con fuerza retroactiva. Habrá que tener la esperanza de que no se consolide dicho precedente<sup>73</sup>.

Frente a esta crítica se han desarrollado justificaciones muy diversas, entre éstas, que la gravedad de los atroces actos no podía ser desconocida moralmente por los responsables aunque no existiera una prohibición legal expresa, esto es, la conocida fórmula de la intolerancia y de negación elaborada en 1946, tras doce años del nacionalsocialismo alemán, por el jurista iusnaturalista Gustav RADBRUCH<sup>74</sup>. Al respecto, el profesor Ulfrid NEUMANN ha escrito un interesantísimo ensayo en el que explica la doctrina de RADBRUCH, según la cual una ley que ni siquiera aspira a la justicia no tiene validez alguna, siendo más bien No-derecho<sup>75</sup>. En palabras del propio RADBRUCH:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica<sup>76</sup>.

Frente a esta doctrina autores críticos, como el argentino Daniel PASTOR, han dicho que “la apelación del derecho penal internacional al derecho natural es objetable pues constituye una negación de la separación entre derecho y moral”. Argumentando también que el hecho de que “nos agrada la disolución de tales límites en los casos de

---

<sup>73</sup> Kelsen, Hans. "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" *The International Law Quarterly*, Vol. 1, No. 2, 1947, p.171.

<sup>74</sup> Decía RADBRUCH al respecto: “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de esta manera: el derecho positivo, garantizado por la legislación y el poder, tiene prioridad. Incluso cuando su contenido es injusto y no beneficia a la gente, a menos que el conflicto entre el estatuto y la justicia alcanza un grado tan intolerable que el estatuto, como "ley defectuosa", debe rendirse ante la justicia. Es imposible dibujar una línea más nítida entre los casos de ilegalidad legal y los estatutos que son válidos a pesar de sus defectos”. Cfr. RADBRUCH, Gustav. *Statutory lawlessness and supra-statutory law* (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, no 1, p. 7.

<sup>75</sup> NEUMANN, Ulfrid. “Acerca de la relación entre validez del derecho y concepto del derecho. Transformaciones en la filosofía del derecho de Gustav Radbruch”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 63-98.

<sup>76</sup> Citado en ALEXY, Robert. "Una defensa de la fórmula de Radbruch". *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Nº 5, 2001, pp. 75-76.

los crímenes internacionales no debería hacernos perder de vista que una aplicación consecuente de tal noción representa un peligro intenso para la libertad individual, pues precisamente la separación entre derecho y moral fue una conquista del pensamiento liberal ilustrado aplicado como freno a la arbitrariedad del poder penal<sup>77</sup>.

Otro recurso para afrontar la lesión del principio de legalidad fue limitar el ámbito de aplicación de los crímenes de lesa humanidad y entenderlos como una extensión de los crímenes de guerra, pues ya en 1928 el pacto Kellog-Briand condenaba el uso de la guerra como política nacional o como método de resolución de conflictos entre Estados<sup>78</sup>. De tal manera, solo se juzgaron los crímenes cometidos en el contexto de la Segunda Guerra Mundial<sup>79</sup>.

Otra de las soluciones prácticas que encontraron los Aliados fue otorgar al TMIP la capacidad de declarar el carácter criminal de una organización. Esta declaración no admitía prueba en contrario y tenía como efecto que cada uno de los Estados signatarios podía enjuiciar “a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación”<sup>80</sup>.

Por tanto, la fiscalía no tenía la obligación de probar ante el tribunal la comisión de crímenes de lesa humanidad, de guerra, o contra la paz, sino que tenían la potestad de acusar a una persona por el solo hecho de pertenecer a una organización ilícita. El TMIP declaró el carácter criminal del Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores,

---

<sup>77</sup> PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006, p.78, nota al pie de página #148.

<sup>78</sup> Lleva razón Daniel PASTOR cuando crítica la actitud de los Aliados. En un tribunal *ex post facto* (donde el vencedor juzga al vencido) no hay problema alguno en juzgar actos que constituyen agresión. Sin embargo, si es un tribunal penal internacional –estatuado previamente, con intención de juzgar a “todos por igual”– la definición del crimen de agresión ha demostrado ser un auténtico talón de Aquiles. Como es conocido, tras haber definido el tipo penal, recién desde enero de 2017 es posible juzgar este delito.

<sup>79</sup> Como relata el profesor egipcio BASSIOUNI, los Aliados “necesitaban evitar una interpretación rígida de los principios de legalidad para evitar la promulgación de leyes *ex post facto* que pudieran ser impugnadas con éxito en los tribunales. Así, el fundamento de los “crímenes de lesa humanidad” se basó en una teoría de la extensión jurisdiccional de los crímenes de guerra. El razonamiento fue que los crímenes de guerra se aplicaron a ciertas personas protegidas, a saber, civiles, en tiempos de guerra entre estados beligerantes, y los “crímenes de lesa humanidad” simplemente extendieron las mismas proscripciones de “crímenes de guerra” a la misma categoría de personas protegidas dentro de un estado en particular, siempre que esté vinculado a la iniciación y conducción de la guerra agresiva o a los crímenes de guerra”. BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, p.27.

<sup>80</sup> Según el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional.



de las Escuadras de Defensa o *Schutzstaffel (SS)*, de la Policía Secreta del Estado o *Gestapo (Geheime Staatspolizei)* y el Servicio Secreto de Seguridad<sup>81</sup>.

Durante el mítico proceso de Núremberg, iniciado el 20 de noviembre de 1945 y terminado mediante sentencia el 31 de agosto de 1946, los procesados alemanes alegaron la violación al principio de legalidad estricto, que exige que el tipo penal haya sido creado de forma previa a la imputación y que a su vez aquel contemple la pena aplicable a fin de evitar la arbitrariedad judicial. Sin embargo, el artículo 27 del Estatuto del Tribunal establecía que “en caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”.

Ello dotaba, evidentemente, al TMIP de una facultad exorbitante, pues podía imponer virtualmente cualquier tipo de pena a su sola discreción<sup>82</sup>. Como resultado, el TMIP dictó tres sentencias absolutorias, doce sentencias a pena de muerte en la horca, tres sentencias de cadena perpetua, dos sentencias de prisión a veinte años, una sentencia de prisión a quince años, una sentencia a prisión de doce años y una sentencia de prisión a diez años. En el caso de Herman Goering –comandante de la fuerza aérea del nacional-socialismo– la sentencia no alcanzó su ejecución pues aquel prefirió el suicidio por ingesta de cianuro<sup>83</sup>.

Sin duda alguna, los actos cometidos por la jerarquía del nacional-socialismo fueron execrables y merecedores de todo reproche. Eso es innegable, así como también lo es el hecho de que difícilmente podría reconocerse a los juicios de Núremberg como un proceso justo conforme a los estándares jurídicos actuales.

---

<sup>81</sup> CUERVO, Beatriz, et al. “Origen y fundamentos de la justicia transicional”. *Revista Vínculos*, Vol. 11, No 1, 2014. pp. 124-161.

<sup>82</sup> La doctrina dominante reconoce, al día de hoy, la violación manifiesta al principio de legalidad en los procesos de Núremberg y de Tokio, sin embargo, una parte de la doctrina alemana representada, principalmente, por Gustav RADBRUCH defendió en su época la aplicación de un derecho internacional en formación. En todo caso, las ideas que Cesare BECCARIA expresó en 1764 se mantienen vigentes hasta hoy: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Ponderáse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”. Vid. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial, Madrid, 2004, p.36.

<sup>83</sup> De igual manera, el procesado Robert Ley se suicidó el 25 de octubre de 1945. Un listado completo de cada uno de los procesados y de sus condenas puede consultarse en GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. “Los procesos de Núremberg y Tokio: Precedentes de la Corte Penal Internacional.” *Ars Iuris*, No. 29, Universidad Panamericana, 2003, p.133.

### 1.4.3. Los juicios de Tokio

Los juicios de Núremberg no fueron los únicos que marcaron el inicio de lo que Ruti TEITEL ha identificado como la Fase I de la justicia de transición. De manera paralela al proceso contra los jefes del nacional-socialismo, en enero 19 de 1946, una vez terminada la guerra librada por los aliados en contra de Japón, se constituyó el Tribunal Internacional Militar Penal para el Lejano Oriente (TIMPLO), cuyo principal objetivo era juzgar a los criminales de guerra japoneses. A diferencia del TMIP, constituido a través de tratado, el TIMPLO se constituyó por orden ejecutiva del General Douglas MacArthur, Comandante Supremo de los Poderes Aliados en Japón. Este procedimiento fue absolutamente irregular y, siguiendo aquí lo manifestado por Daniel PASTOR nunca se ha brindado una explicación jurídicamente satisfactoria, que no obedezca a motivos políticos, sobre porque la creación del TMIP de Núremberg requirió un tratado internacional y, por el contrario, no fue indispensable para la creación del TIMPLO<sup>84</sup>.

Al igual que en Núremberg, los miembros de la Comisión acusadora, encargados de encontrar evidencias y elaborar el listado de personas a procesar, así como los propios jueces del tribunal fueron designados por un criterio de representación nacional. Los Aliados tenían derecho a remitir un listado de nombres, pero la decisión final sobre su designación dependía exclusivamente del General Douglas MacArthur<sup>85</sup>. De tal suerte, tuvieron derecho a nominación sobre quienes fungirían como jueces y fiscales los gobiernos de Estados Unidos, la Unión Soviética, Gran Bretaña, Francia, los Países Bajos, China, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, India y Filipinas.

La falta de un adecuado diseño institucional que garantizara la independencia judicial, acompañada de las directrices indebidas de los gobiernos y de las propias del General MacArthur (especialmente para el presidente del tribunal, el juez australiano William Webb, a quien MacArthur designó directamente) afectaron la apariencia de

---

<sup>84</sup> Vid. PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 44-45.

<sup>85</sup> De conformidad con el artículo 2 de la proclama especial del Comandante Supremo de los poderes Aliados, dada en Tokio el 19 de enero de 1946.

imparcialidad e independencia del tribunal así como la calidad de la justicia que administró<sup>86</sup>.

El tribunal sometió a juicio a veintiocho ex dirigentes políticos y militares japoneses, aunque no procesó al Emperador Hirohito a pesar de que existían pruebas de que conocía y dominaba la actuación del ejército japonés durante la Guerra del Pacífico también conocida como la Gran Guerra de Asia Oriental (1937-1945). Como resultado de este juicio, veinticinco personas fueron encontradas culpables, dos más murieron en el transcurso del proceso y uno fue internado por sufrir un colapso mental durante el juicio<sup>87</sup>.

Al contrario de los juicios del TMIP de Núremberg, en los llamados procesos de Tokio no existió ninguna sentencia absolutoria. De esta manera, siete de los procesados fueron condenados a pena de muerte, dieciséis personas fueron condenadas a cadena perpetua, una persona fue condenada a veinte años de prisión y otra fue condenada a siete años de prisión. No obstante, la ejecución de las sentencias privativas de libertad fue inconsistente debido a que el General Douglas MacArthur, en su calidad de Comandante Supremo, tenía la prerrogativa de otorgar clemencia, reducir sentencias y disponer libertad condicional para criminales de guerra.

Ninguno de los sentenciados a prisión cumplió la totalidad de la pena y todos habían sido liberados a finales de 1958<sup>88</sup>. El Tratado de Paz con Japón, suscrito en San Francisco en septiembre 8 de 1951 establecía en su artículo 6 literal B que todos los Estados suscriptores –más de cuarenta Estados– que mantuvieran en sus respectivos territorios a criminales de guerra debían transferirlos a Japón, para que cumplan su condena en ese país, bajo la supervisión de la Comandancia Suprema de los Poderes Aliados<sup>89</sup>. Una vez ahí, se procedió a conceder la reducción de penas y la libertad

---

<sup>86</sup> Según comentó el profesor BASSIOUNI, “...con la excepción de Roling (Países Bajos), Pol (India) y Bernard (Francia), muchos de los jueces parecían motivados políticamente, especialmente el presidente, y la influencia del general MacArthur parecía desenfrenada”. Vid. BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, p.29.

<sup>87</sup> Un excelente estudio sobre el juicio de Tokio puede consultarse en FUTAMURA, Madoka. *War crimes tribunals and transitional justice: The Tokyo trial and the Nuremberg legacy*. Routledge, 2007.

<sup>88</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, p.34.

<sup>89</sup> Con antecedente en la Declaración de Potsdam del 26 de julio de 1945, que expresa las demandas de los aliados y señala que “después de haber sido totalmente desarmadas, les será permitido a las fuerzas militares japonesas volver a sus hogares...”.

condicionada. De igual manera, los Estados aliados que ya habían sentenciado en su jurisdicción local a criminales de guerra japoneses otorgaron por sí mismos medidas de clemencia<sup>90</sup>.

Al igual que en los procesos de Núremberg, no se sometió a juicio ningún caso referente a soldados o a líderes de los estados Aliados por crímenes de guerra cometidos contra de Japón y, de esta manera, resurgieron los cuestionamientos sobre la legitimidad de los procesos. En el caso de los juicios de Tokio, la crítica cobra especial importancia pues Estados Unidos de América, por decisión del ex presidente Harry Truman, atacó en agosto de 1945 las ciudades de Hiroshima y Nagasaki en Japón con dos bombas nucleares que dejaron como consecuencia más de 246.000 muertes.

Los ataques, que fueron desproporcionados y acabaron con la vida de civiles inocentes, lograron la rendición inmediata del imperio nipón<sup>91</sup>. En este punto de la historia, el evidente vacío normativo era insostenible. Ello condujo a que en el mes de octubre de 1945, la Comunidad Internacional fundara la ONU cuya carta reafirmaría dos principios generales: la prohibición del uso de la fuerza (artículo 3) y la obligación de resolver controversias internacionales a través de medios pacíficos con el objeto de precautelar la paz y la seguridad mundial (artículo 4)<sup>92</sup>.

De esta manera, la evolución del derecho internacional fue abrupta. En 1946, un año después de terminados los conflictos, la ONU decidió legitimar todos los juicios celebrados reconociendo nuevos principios de derecho internacional basados en los

---

<sup>90</sup> Estados Unidos comenzó a ver a Alemania y a Japón como importantes aliados en su nueva guerra, la lucha contra el comunismo. Con estas consideraciones, el General MacArthur blindó al Emperador japonés Hirohito de ser procesado ante el TIMPLO, aunque existía abundante evidencia de que conocía y dominaba cada aspecto del conflicto. En pocas palabras, se le otorgó una *amnistía de facto* y se le permitió seguir en el poder. De otro lado, en marzo 28 de 1948 se promulgó en Japón una ley de amnistía para todos los soldados japoneses, inclusive los acusados de crímenes graves. Cfr. MALLINDER, Louise. "Power, Pragmatism, and Prisoner Abuse: Amnesty and Accountability in the United States". *Oregon Review of International Law*, vol. 14, 2012, pp. 329 y ss.

<sup>91</sup> El único proceso por crímenes de guerra contra un aliado de la Segunda Guerra Mundial fue planteado por ciudadanos japoneses contra los Estados Unidos por el empleo de armas atómicas, pero el caso *Shimoda* fue rechazado por el Tribunal Supremo del Japón por cuestiones de competencia en diciembre de 1963. Vid. BASSIOUNI, M. Cherif. "El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1982, vol. 35, no 1, p.19.

<sup>92</sup> La Convención de la Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales ya reconocía a la mediación, el arbitraje y los buenos oficios como métodos para evitar conflictos bélicos entre los Estados.

juicios de Núremberg, que fueron de también aplicados en los juicios del TIMPLO<sup>93</sup>. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de la fase I estableció que el cargo oficial o diplomático del acusado no es relevante a efectos de inmunidad penal. Igualmente, que la obediencia a órdenes superiores no constituye, en general, una eximente de responsabilidad penal<sup>94</sup>.

Adicionalmente, la comunidad internacional procedió a la adopción de una serie de tratados, entre estos, la Convención sobre el Genocidio de 1948 –aplicable en tiempos de paz y de guerra– y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que constituyen, hoy en día, el núcleo duro del DIH al regular los límites de la denominada guerra justa<sup>95</sup>. En general, la magnitud de los hechos y las graves fallas en el DPI sentaron las bases para un proceso mucho más amplio que consistió en la articulación de un régimen internacional liderado por la ONU y caracterizado por la adopción de la Declaración Universal de DDHH en diciembre de 1948<sup>96</sup>.

A partir de este nuevo marco normativo inició un movimiento global consistente en adaptar el derecho nacional de todos los Estados miembros de la ONU al nuevo régimen jurídico internacional. A manera de ejemplo, la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948 incluye explícitamente una obligación internacional de perseguir tal delito y obliga a que los Estados parte adopten legislación penal que lo sancione eficazmente. Según reza el tratado:

Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio.

---

<sup>93</sup> La Asamblea General de la ONU dictó la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946 por la cual “*confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal*”. El propósito principal fue establecer una norma de derecho internacional consuetudinario hasta que se codifiquen vía tratado los delitos internacionales.

<sup>94</sup> “La Carta del tribunal eliminó la defensa de la “obediencia a órdenes superiores”, por lo que es solo un factor mitigante que no exonera a un acusado de ser responsable de sus acciones. Esto era contrario a lo que estipulaban la mayoría de las leyes militares cuando comenzó la Segunda Guerra Mundial”. Cfr. BASSIOUNI, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, p.28.

<sup>95</sup> Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 son: (I) Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla», (II) el Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, (III) el Convenio Relativo al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra y (IV) el Convenio relativo a la Protección de los Civiles en Tiempo de Guerra.

<sup>96</sup> De su parte, la OEA adoptó en abril de 1948 la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

A manera de resumen, podría decirse que la Fase I representa lo que TEITEL considera el origen de la justicia transicional. Sin embargo, aquello no resulta persuasivo en la medida que el propósito de los juicios de Núremberg y de Tokio no correspondía a consolidar una transición a la democracia, que en todo caso habría iniciado con la derrota bélica de Hitler y los japoneses en la Segunda Guerra Mundial. Sumado a lo anterior, al no existir un balance de los intereses legítimos de las víctimas –la unilateralidad de los procesos ha quedado bastante clara– tampoco puede considerarse como un ejercicio de *justicia transicional*, que implica una necesaria ponderación de intereses contrapuestos. Aquí se trató, en definitiva, de juzgar al enemigo. En caso de que el argumento no fuere suficientemente persuasivo, hay que indicar también que ningún actor del conflicto conceptualizó estos procesos como de justicia transicional. En palabras de Paige ARTHUR:

...la cuestión de la metodología es importante. Un observador como Elster, por ejemplo, trata la justicia transicional como un problema perenne, una construcción atemporal cuyas variedades se pueden entender y diseccionar a través de las edades, desde la antigua Atenas hasta el presente. Cualquiera sea el significado que estas diversas prácticas puedan haber tenido para los actores históricos involucrados (ninguno de los cuales había escuchado nunca la frase "justicia transicional") son arrastradas a una concepción universal y homogénea de la justicia transicional, cuyo único significado es idéntico al nuestro convencional, a nuestra forma de entender del siglo veintiuno. Este tipo de enfoque, que en la práctica histórica se llama "anacronismo", ha sido elocuentemente criticado por Quentin Skinner, entre muchos otros... Aquellos que toman un enfoque Genealógico, como Teitel, van un poco mejor con respecto al anacronismo, pero todavía caen en la trampa de imponer ideas sobre "justicia transicional" a actores que, presumiblemente, no las tenían, particularmente en sus discusiones de la era inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial<sup>97</sup>.

En realidad, esta fase es representativa del paradigma de la *justicia del vencedor* pues, como se ha visto hasta aquí, hasta finalizar la Segunda Guerra Mundial no existía regulación expresa sobre crímenes de DPI. En forma específica, no existía un tipo penal que castigue la agresión, ni los crímenes contra la humanidad, ni los crímenes de guerra. Ciertamente, en los juicios de Núremberg y Tokio se violó el principio de legalidad pudiendo los jueces imponer condenas de prisión perpetua o la que estimen conveniente o, inclusive, la pena capital.

---

<sup>97</sup> ARTHUR, Paige. "Como las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional", en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, p.81.

También se aprecia que la persecución penal no tuvo carácter absoluto y general, simplemente, los procesos penales conducidos tenían como propósito sentar un precedente internacional y enviar un claro mensaje de prevención general. De hecho, tampoco se evidencia que en aquel momento haya existido una prohibición explícita de amnistiar o indultar aquellas conductas.

### **1.5. Segunda Fase: pos Guerra Fría**

La Fase II de la justicia transicional se caracteriza por el final de la guerra fría y la desarticulación de la URSS. La idea principal de TEITEL es que la transición de dictaduras a nuevas democracias en América Latina a finales de las décadas de los 1980 y 1990 fue producto del conflicto entre el capitalismo, defendido por Estados Unidos de América y el comunismo promovido por la Unión Soviética, y sobre como sus respectivas visiones del mundo debían imponerse en la reconstrucción de Europa tras la Segunda Guerra Mundial<sup>98</sup>. Si bien la preocupación principal de las potencias era Europa occidental, la Guerra Fría se extendió a otras latitudes.

En general, la intervención estadounidense tuvo repercusiones en aspectos económicos y políticos en Asia, África –especialmente en la terminación del apartheid en Sudáfrica– y el Cono Sur latinoamericano, por lo que estos hechos lejos de ser independientes deben estudiarse, como sugiere TEITEL, de manera conexas:

La decadencia y finalmente el colapso del Imperio Soviético encendieron una ola liberalizadora que comenzó con las transiciones en el Cono Sur de Sudamérica a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta. Esta continuó a través de Europa del Este y Centroamérica. Mientras estos acontecimientos regionales son generalmente representados como mutuamente independientes, una perspectiva genealógica ilumina la conexión entre estas transiciones políticas e ilustra cuántos conflictos locales fueron apoyados por el bipolarismo soviético y estadounidense<sup>99</sup>.

Empezemos pues, con un recuento de la situación del Cono Sur en la década de los 1980 y los intentos de justicia transicional en los distintos países.

---

<sup>98</sup> TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.16, Cambridge, MA, 2003, p.75.

<sup>99</sup> TEITEL, Ruti. “Genealogía de la Justicia Transicional” en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp. 144.

### 1.5.1. El caso del cono sur latinoamericano

A comienzos de la década de los ochenta la democracia logró abrirse paso en el Cono Sur que había estado sometido a las más crueles dictaduras, establecidas como respuesta a la primera oleada de movimientos de izquierda, que fueron percibidos por el movimiento capitalista como enemigos naturales que debían ser enfrentados para frenar la expansión del comunismo promocionado por la URSS. Como se sabe, a consecuencia de la Guerra fría, los EE.UU adoptaron la doctrina de la seguridad nacional que se adaptó también al contexto latinoamericano, pero con dos matices. Uno de ellos fue que la seguridad de la nación requería de un gobierno militar y el otro fue:

...la sustitución del enemigo externo por el enemigo interno. Si bien la Doctrina de Seguridad Nacional ubicó como principal enemigo al comunismo internacional, con epicentro en la Unión Soviética y representación regional en Cuba, entendía que era a Estados Unidos a quien correspondía combatir a esos países. Los Estados latinoamericanos debían enfrentar al enemigo interno, materializado en supuestos agentes locales del comunismo. Además de las guerrillas, el enemigo interno podía ser cualquier persona, grupo o institución nacional que tuviera ideas opuestas a las de los gobiernos militares<sup>100</sup>.

No escapan de la memoria colectiva la dictadura chilena liderada por Augusto Pinochet Ugarte (1973-1990), la de Jorge Videla en Argentina (1976-1981), la de Alfredo Stroessner en Paraguay (1954-1989), la de Juan María Bordaberry en Uruguay (1973-1976), la de Hugo Banzer en Bolivia (1971-1978), la de Rafael Trujillo en República Dominicana (1930-1961), la de Juan Velasco Alvarado en Perú (1968-1975) o la dinastía de la familia Somoza en Nicaragua. En vista de la diversidad de dictaduras, más que hacer una descripción individualizada de cada caso, resulta más adecuado reconstruir sus características comunes.

Todos los regímenes tenían carácter militar y gobernaban directamente o a través de juntas militares compuestas por los máximos representantes de las Fuerzas Armadas. De igual manera, adherían al capitalismo como ideología económica y combatían el movimiento antsubversivo –que podría ser cualquier cosa, incluyendo protestas o disidentes políticos– a través de la denominada operación Cóndor<sup>101</sup>, una estrategia de

---

<sup>100</sup> LEAL BUITRAGO, Francisco. "La doctrina de Seguridad Nacional: materialización de la Guerra Fría en América del Sur." *Revista de estudios sociales*, No. 15, 2003, p. 75.

<sup>101</sup>La Operación Cóndor se origina a partir de la cooperación bilateral de las fuerzas armadas de distintos países en 1970. Por ejemplo, ya en septiembre de 1972, los servicios de inteligencia militares de Argentina y Paraguay habían firmado un acuerdo secreto para coordinar acciones antsubversivas, para intercambiar información y arrestar a elementos subversivos, aunque claramente también se utilizó para



cooperación militar ilícita para investigar, capturar y reprimir a quien resultará sospechoso en un contexto de pobreza y gran desigualdad social. Esta estrategia tuvo aplicación plena en prácticamente toda América Latina –e inclusive tuvo repercusiones concretas como asesinatos en EE. UU y Europa– y fue conducida con la aprobación de EE. UU.

Como relata Ezequiel MALARINO en el Cono Sur se inició “una lucha contra la subversión que degeneró en cruentas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos: detenciones arbitrarias, torturas, asesinatos extrajudiciales, desaparición de personas fueron moneda corriente del actuar estatal y signos evidentes de una política de lucha frontal contra el opositor político”<sup>102</sup>.

Esta aberrante concentración de poder político y militar en el continente americano logró mantenerse en los diferentes gobiernos a través de una estrategia basada en el terror y la coordinación internacional. Entre los mecanismos de represión destacaron las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales individuales o de grupos, la tortura, la violación, el secuestro de menores de edad, entre otros actos inhumanos. Estos eventos provocaron además la migración masiva de personas con el fin de salvaguardar su integridad física, lo que provocó a su vez la ruptura de vínculos familiares y la pérdida de empleos. En fin, se produjo, en todos los ámbitos, una injusta frustración del proyecto de vida de millones de personas:

La huida de bolivianos y chilenos hacia Argentina se sumó a la de los uruguayos. El 27 de junio de 1973 el Presidente electo de Uruguay, Juan María Bordaberry, había disuelto el Parlamento con apoyo de las Fuerzas Armadas. Tres años después, estas fuerzas echaron a los civiles del gobierno. En Argentina, la cantidad de inmigrantes limítrofes ascendió de 533.850 a 753.428 entre 1970 y 1980. El ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) le prestó un gran apoyo y entre junio y septiembre de 1976, trasladó de la Argentina a 1.075 exiliados, mientras otros 1.511 le pidieron amparo.

---

coordinar torturas, asesinatos y desapariciones. La Operación Cóndor se “formalizó” en septiembre de 1975 en una reunión en Santiago de Chile organizada por Pinochet, que contó con la presencia de representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay. Brasil se unió posteriormente en 1976. Para más referencias, vid. LESSA, Francesca. "Justice beyond borders: The Operation Condor Trial and accountability for transnational crimes in South America." *International Journal of Transitional Justice*, 9.3, 2015, pp. 497-498.

<sup>102</sup> MALARINO, Ezequiel, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas." En AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.), en *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 416.

El mayor contingente fue el chileno, durante 1974 ingresaron por Mendoza 107.800. El Diario Los Andes registró el cruce de la cordillera a pie de miembros del MIR, que se reunieron con Montoneros. Estos últimos, junto a tupamaros cruzaron hacia Chile y numerosos chilenos y argentinos se organizaron para presionar una redemocratización formando sindicatos, estudiantiles, partidos políticos, uniones vecinales y entidades culturales. Esta intensa actividad preocupó a Pinochet y los vio como sus principales enemigos...<sup>103</sup>

Sin embargo, la democracia logró abrirse paso a lo largo del Cono Sur. Los motivos son particulares de cada caso, por ejemplo, en Argentina influyó con fuerza el hecho de la derrota militar de las Islas Malvinas<sup>104</sup>; en el caso de Nicaragua influyó el retiro de apoyo de Estados Unidos al entonces presidente Anastasio Somoza, que se vio forzado a renunciar. En el caso de Chile, Pinochet fue derrotado popularmente en las urnas, aunque con la anuencia de la junta militar, bajo los términos de una constitución hecha a su medida.

A pesar de que cada caso tiene detalles particulares, si se requiere de una síntesis, el fin de las dictaduras latinoamericanas se dio gracias al reclamo popular por la violación sistemática y masiva de DDHH y el efecto domino causado por la pérdida de elecciones en países vecinos. Por ello, hubo elecciones en Perú (1980), Bolivia (1982), Argentina (1983), Brasil y Uruguay (1985) y tardíamente Chile y Paraguay (1989). Este nuevo clima democrático en la región permitió en, diversos grados, la revisión de los graves abusos del pasado por parte de los nuevos gobiernos democráticos.

A diferencia de la fase I, el modo de enfrentar las injusticias cometidas en el pasado no fue a través de procesos penales internacionales como en los casos de Núremberg y Tokio, aunque las graves violaciones de DDHH cometidas en el Latinoamérica fuera efectivamente crímenes de lesa humanidad.

---

<sup>103</sup> PAREDES, Alejandro. "La Operación Cóndor y la guerra fría". *Universum*, Talca, vol.19, no.1, 2004, pp. 122 y ss.

<sup>104</sup> Según comenta BENAVIDES: "En el año 1983, como consecuencia del mal manejo de la economía, de la presión internacional de las organizaciones internacionales de derechos humanos, de la movilización social interna, simbolizada por las Madres y –ahora– Abuelas de Plaza de Mayo, y la derrota del ejército argentino en la guerra de Las Malvinas, los militares argentinos se vieron forzados a devolver el poder a los civiles. La dictadura argentina permaneció en el poder de 1976 a 1983, y en ese periodo se cometieron innumerables violaciones a los derechos humanos, entre ellas más de 30000 personas víctimas de desaparición forzada". Vid. BENAVIDES VANEGAS, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011, p. 48.

Una perspectiva histórica puede brindar luces sobre este particular. En ausencia de un conflicto bélico, imponer un tribunal internacional en Estados miembros de la ONU que además habían adoptado nuevos regímenes democráticos resultaba absolutamente inviable. Igualmente, la participación de Estados Unidos de América en la Operación Cóndor –y su falta de interés en la investigación– así como la implosión de la URSS, que implicó la ausencia de una contraparte hegemónica, fueron factores determinantes en el diseño de esta etapa de la justicia transicional.

En esta etapa, la justicia transicional tuvo una estrategia bifronte. De un lado, se intentaron juicios penales locales contra los responsables, aunque, en general, fueron infructuosos. Asimismo, se procuró construir una verdad histórica a través de Comisiones de la Verdad, que son organismos no jurisdiccionales constituidos con apoyo del gobierno y compuestos por personas de probidad notoria para conducir investigaciones y producir un informe final sobre las violaciones de DDHH<sup>105</sup>.

¿Por qué adoptar una CVR en lugar de someter a todos los responsables ante la justicia penal? La respuesta es que las frágiles democracias latinoamericanas hacían inviable procesar judicialmente a los miembros de los regímenes opresores anteriores porque las fuerzas militares tuvieron un rol protagónico en aquellos gobiernos, como autores intelectuales y materiales de la violación de DDHH, como estrategia de terror para mantenerse en el poder<sup>106</sup>. En consecuencia, el monopolio de la fuerza les permitió oponerse como clase –como militares, independientemente de si tuvieron o no responsabilidad en los hechos– a que se sometiera a sus semejantes a responsabilidades penales puesto que se concebía como una amenaza general:

Cientos de militares se sintieron amenazados por la posibilidad de enjuiciamiento. Algunos oficiales se aprovecharon de los disturbios. Intentaron despertar a las tropas alegando que los juicios eran parte de un plan para disolver las fuerzas armadas y

---

<sup>105</sup>TEITEL, Ruti. *Globalizing transitional justice*, Oxford University Press, 2015, p. 56.

<sup>106</sup> Carlos Santiago NINO, entonces asesor del expresidente argentino Raúl Alfonsín tras asumir legítimamente el poder en 1983, luego de la dictadura militar, narró de primera mano las dificultades de llevar a los miembros del régimen pasado ante la justicia. En primer lugar, señaló que Argentina no contaba con fuerzas militares locales o extranjeras que apoyaran aquella labor; en segundo lugar, hubo rebeliones militares y leyes, como la de obediencia debida, que limitaban la responsabilidad de la milicia en la ejecución de crímenes. Vid. NINO, Carlos, “The duty to punish past abuses of Human Rights put into context: the case of Argentina”, *The Yale Journal*, vol.100, no. 8, 1991, pp. 2622 y ss.

señalaron evidencia a grupos izquierdistas que hablaban como si todo el ejército, no solo ciertos oficiales fueran responsables del genocidio<sup>107</sup>.

También existía un fuerte temor en la sociedad civil de reabrir heridas y el conflicto. Con estas consideraciones, los Estados latinoamericanos actuaron a través de métodos alternos para conocer la verdad de los hechos, aunque de manera generalista y con las limitaciones propias de las CVR, que adolecen por regla general, de fuerza coercitiva para cumplir su encargo.

### **1.5.1.1. El deber de proteger los DDHH hacia el futuro de Nino**

En el caso de Argentina, el nuevo presidente Raúl Alfonsín recalcó la necesidad de afrontar el pasado indicando que “no puede haber un manto de olvido. Ninguna sociedad puede iniciar una etapa sobre una claudicación ética semejante”. Alfonsín, guiado por la convicción de que para estabilizar la naciente democracia argentina era necesario restablecer el imperio del Estado de Derecho, adoptó una estrategia dualista: el enjuiciamiento penal limitado de los máximos responsables y el establecimiento de una CVR<sup>108</sup>.

Carlos NINO, motor intelectual de la política de DDHH de Alfonsín, sostenía que los procesos penales podían tener ciertos límites impuestos por el contexto fáctico y que los enjuiciamientos debían ser armonizados con el propósito de preservar el sistema democrático puesto que aquel es un prerrequisito para pensar siquiera en intentar un juicio e imponer un castigo. Igualmente, argumentaba que la pérdida del sistema democrático conduce a la violación masiva de DDHH<sup>109</sup>. Como se mencionó en el análisis de la Fase I, el procesamiento penal selectivo, esto es, castigar únicamente a los máximos responsables y permitir la impunidad del resto partícipes penalmente responsables es parte de la paradoja que presenta la justicia transicional pues implica

---

<sup>107</sup> Idém, p. 2627.

<sup>108</sup> “The regime was collapsing and had to call for open and free elections. With time, two main candidates emerged, with opposite stances regarding the prosecution of past human rights violations. Mr. Italo Luder, a constitutional lawyer and Peronist Party member, argued that the abuses committed by the military could not be subject to trial due to the constitutional impossibility of retroactively abrogating the amnesty law enacted by the military regime. His opponent, Mr. Raul Alfonsín of the Radical Party, denounced the Peronist position as part of a pact with the military. Alfonsín promised to investigate human rights violations...” Vid. NINO, Carlos, “The duty to punish past abuses of Human Rights put into context: the case of Argentina”, *The Yale Journal*, vol.100, no. 8, 1991, p. 2622.

<sup>109</sup> Idém, pp. 2620-2621.

quebrantar el principio de igualdad característico del Estado de Derecho precisamente para intentar alcanzarlo.

NINO aborda esta cuestión refiriéndose a la distinción elaborada por DWORKIN entre derechos individuales establecidos por principios y metas colectivas establecidas por políticas públicas. Por un lado, reconocer derechos implica la obligación de universalizar ese reconocimiento a todas las situaciones idénticas. En cambio, los objetivos colectivos no crean ese tipo de obligación pues están condicionados, en cuanto a medios, a que aquellos sirvan para lograr el fin pretendido<sup>110</sup>.

De esta forma, NINO niega un derecho de la víctima al castigo y al mismo tiempo rechaza un eventual derecho a la impunidad para el victimario no seleccionado ya que el procesamiento penal depende únicamente de su utilidad para preservar el sistema democrático. Esta discusión se enmarca en un debate más amplio sostenido con Diane ORENTLICHER sobre la obligación internacional de los Estados de procesar a los responsables de violaciones masivas de DDHH. En su intercambio, ella alegaba que:

... en vista del reconocimiento constante de los organismos internacionales en el sentido de que el procesamiento es necesario para garantizar ciertos derechos no derogables, permitir a un Estado derogar el deber de procesar violaciones de esos derechos produciría resultados insostenibles. Tal regla de derecho internacional afirmaría, por un lado, que los derechos a la vida, la libertad frente a la tortura y la libertad frente a las desapariciones forzadas no son derogables, y por otro lado que, en virtud determinadas circunstancias, los Estados no tienen que hacer lo necesario para garantizar esos derechos....<sup>111</sup>

Incluso si el deber de procesar ciertos delitos contra los derechos humanos fuese derogable en principio, los estados rara vez podrían justificar la suspensión de los procesamientos. Tanto el estado de necesidad y las disposiciones de derogación de los tratados de derechos humanos establecen un alto umbral de aplicación, que requiere una amenaza grave e inminente a un interés estatal esencial<sup>112</sup>.

...la alternativa -excusar a los Estados del cumplimiento las obligaciones internacionales derivadas de los derechos humanos-plantea también perspectivas

---

<sup>110</sup> Según el profesor argentino: “Casi todos los puntos de vista sobre el castigo, con la excepción de la retribución obligatoria, niegan que alguien tenga derecho a que alguien más sea castigado por un crimen pasado. Castigar a aquellos que han renunciado a su derecho a no ser castigados no se debe al reconocimiento de que las víctimas o sus familiares tienen derecho a ese castigo. Es la consecuencia de un objetivo colectivo impuesto por la política de la protección de los derechos humanos para el futuro. Por lo tanto, nadie puede pretender universalizar ese castigo a otros casos similares cuando el objetivo del castigo no estará satisfecho”. Cfr. Ídem, p. 2621.

<sup>111</sup> ORENTLICHER, Diane, “Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 2608-2610.

<sup>112</sup> Ídem.

preocupantes. Si los gobiernos de transición fueran excusados de sus deberes internacionales cuando debido a la obstrucción militar, el derecho internacional recompensaría efectivamente el comportamiento de los militares. También, sería un reconocimiento formal de que el gobierno civil es, en efecto, impotente lo que debilitaría la legitimidad del gobierno electo cuando su autoridad ya se encuentra en peligro<sup>113</sup>.

En este debate, NINO sostuvo que el referido deber era una carga burda para los Estados que debían garantizar, en primer lugar, el establecimiento de un régimen democrático y que una obligación de esta especie podría llegar a frustrar la transición<sup>114</sup>. Con estos antecedentes, NINO propone que el deber de perseguir a los responsables de graves violaciones de DDHH sea asumido por la Comunidad Internacional en una “jurisdicción global” o expandir la jurisdicción de los tribunales estatales para que estos se nieguen a reconocer amnistías e indultos y procedan al juzgamiento de los crímenes en cuestión.

Claramente, el profesor Carlos NINO pensaba en un tribunal penal internacional y en una jurisdicción universal que en aquella época él concebía como una pretensión “idealista”. Al día de hoy, la Comunidad Internacional cuenta con la CPI y algunos Estados han asumido la jurisdicción universal que reclamaba NINO. Sin embargo, la CPI se encuentra bastante lejos de poder cumplir la obligación absoluta que en un principio defendía ORENTLICHER<sup>115</sup> mientras que los tribunales nacionales han demostrado resultados insuficientes en ejercicio de la denominada jurisdicción universal<sup>116</sup>.

Parece ser entonces, que el problema de garantizar la aplicación de justicia y preservar la democracia es y seguirá siendo en un futuro mediato tarea de cada Estado. Sin duda, estos hechos nos obligan a repensar el rol del *derecho penal transicional* para alcanzar una meta colectiva.

Continuando con el caso argentino, el presidente Raúl Alfonsín como uno de sus primeros actos en el poder, creó la CVR para la Investigación sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) a través de Decreto Ley del 15 de diciembre de 1983. Esta sería

---

<sup>113</sup> Ídem, p. 2611.

<sup>114</sup> La tesis de ORENTLICHER era bastante sencilla. En sus palabras: “Y todavía. Si la comunidad internacional no puede prevenir, al menos no debe condonar”. Como se aprecia claramente, lleva al límite la doctrina principialista. Cfr. ORENTLICHER, Diane, “Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 2615.

<sup>115</sup> Desde 2002, año en el que el ECPI entró en vigencia, la CPI ha conducido 25 casos, alcanzando veredictos en tan solo 6 de estos.

<sup>116</sup> El informe “Make Way for Justice #3: Universal Jurisdiction Annual Review 2017” revela que, en 2016, 13 estados utilizaron el principio de jurisdicción universal para procesar 47 casos de graves violaciones de DDHH alrededor del mundo. Último acceso (19/01/2018): [https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2017/03/UJAR-MEP\\_A4\\_012.pdf](https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2017/03/UJAR-MEP_A4_012.pdf)

la primera CVR en la historia. CONADEP tuvo un mandato limitado y circunscrito a la investigación de las violaciones de DDHH cometidas en el período de la dictadura militar entre 1976 y 1983, fue liderada por el célebre escritor Ernesto Sábato y ejerció sus funciones durante nueve meses, en las que reunieron más de 50.000 páginas de testimonios y denuncias de las víctimas. Al concluir su labor en 1984, la CONADEP emitió un informe titulado “Nunca Más” que relata el sistema de terror ejercido por los militares argentinos basado en la desaparición forzada, fusilamiento colectivo, tortura, secuestro, violación, entre otros crímenes, dejando como saldo preliminar a 8,960 víctimas.

Sin embargo, tras la renuncia del expresidente argentino Alfonsín –provocada en buena medida por la presión de los militares y su convicción de no responder ante la jurisdicción penal– el nuevo presidente peronista, Carlos Menem, concedió el indulto presidencial a todos los que estaban condenados o en juicio por actos de terrorismo subversivo y estatal, por mal comportamiento durante la guerra, o por rebelarse en contra de las instituciones democráticas. Como señala NINO, “estos indultos se extendieron incluso a los principales oficiales responsables de la organización de toda la maquinaria del terror” incluido el concedido en 1990 al mismísimo Jorge Videla<sup>117</sup>.

El perdón estatal se transformó en la contrapartida del esclarecimiento de los hechos por parte de los autores de graves violaciones de DDHH. En la fase II, las amnistías e indultos, lejos de ser medidas excepcionales, se transformaron más bien en la regla general, y muchas veces fueron adoptadas antidemocráticamente. En criterio de NINO, las leyes apoyadas durante la presidencia de Alfonsín eran positivas dada la situación en Argentina pues permitían mantener el control de los mandos medios y bajos de la milicia y concentrarse en el enjuiciamiento penal de los máximos responsables<sup>118</sup>. En sus palabras:

---

<sup>117</sup> Vid. NINO, Carlos, “The duty to punish past abuses of Human Rights put into context: the case of Argentina”, *The Yale Journal*, vol.100, no. 8, 1991, p. 2630.

<sup>118</sup> La Ley de Obediencia Debida n.º 23 521 fue dictada en Argentina el 8 de junio de 1987 y establecía una presunción derrotable según la cual los militares con rango inferior a coronel que hubieren cometido delitos –salvo apropiación de menores o de inmuebles de desaparecidos– durante el terrorismo de Estado estaban exentos de responsabilidad penal por haber seguido ordenes superiores (obediencia debida). El propósito de la ley era limitar la responsabilidad de los ejecutores y concentrar la responsabilidad en los mandos superiores. La Ley 23 492 de Punto Final estableció la caducidad de la acción penal contra los imputados como autores de “delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de octubre de 1983”. Ambas leyes fueron derogadas por el Congreso Nacional en 1988 y posteriormente, en 2003, se declararon “nulas” por la Cámara de Diputados.

Los indultos concedidos a los máximos responsables no promovieron en lo absoluto la meta de garantizar a futuro la vigencia de los derechos humanos. En su lugar, aquellos fueron concedidos para reconciliar a los diferentes sectores de la “familia argentina”, opacando la condena moral de las atrocidades cometidas y tratando los crímenes como si aquellos fueren el resultado de una simple disputa entre grupos contendientes. Eso fue cualitativamente distinto a las medidas de Alfonsín para limitar los juicios. La formación de una conciencia social en contra de los abusos a los derechos humanos depende más de una exposición de las atrocidades y de su claro reproche que de la cantidad de personas que de hecho se condenen<sup>119</sup>.

En el caso de Chile, luego de que el general Augusto Pinochet perdiera el gobierno a través en un plebiscito<sup>120</sup>, el presidente electo Patricio Aylwin, creó mediante el Decreto Supremo No. 355 del 24 de abril de 1990, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, con el objetivo de contribuir al esclarecimiento de la verdad sobre las más graves violaciones a los DDHH cometidas, en Chile o en el extranjero, por el régimen militar de Pinochet entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. La idea de esta comisión era de acuerdo a José ZALAQUETT, ex-integrante de la Comisión de la Verdad chilena, descifrar la verdad pues:

Aun cuando la verdad no puede de por sí hacer justicia, sí pone fin a muchas injusticias que se venían perpetuando: no devuelve la vida a los muertos, pero sí los saca del silencio; más aún, para las familias de los desaparecidos, la verdad acerca de su destino significaría, por fin, el término de una búsqueda angustiada e interminable<sup>121</sup>.

La CVR chilena cumplió, como su homónima argentina, un mandato de nueve meses y publicó finalmente un informe en el que reconoció la existencia de 2,279 víctimas de desapariciones forzadas y asesinatos. Adicionalmente, la CVR recomendó medidas para reparar los daños y adecuar el derecho nacional al derecho internacional de los DDHH. Como se puede observar en base a los casos de Argentina y Chile, las CVR constituyen, claramente, una respuesta limitada a los abusos del pasado teniendo en cuenta que

---

<sup>119</sup> Ídem.

<sup>120</sup> Como anota BENAVIDES, respecto del caso chileno, es “necesario tener en cuenta que Pinochet dejó el poder en una situación de fortaleza y que por ello conservó muchos espacios de control, como el mando sobre las Fuerzas Armadas y la posibilidad de convertirse en senador vitalicio”. Vid. BENAVIDES VANEGAS, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011, p. 49.

<sup>121</sup> ZALAQUETT sostuvo que la verdad era un valor absoluto e irrenunciable, no así la justicia que se debe buscar únicamente en la medida de lo posible. La memoria colectiva es a su criterio una forma de reparación a las víctimas y un castigo tenue al victimario, acreedor de la censura de la sociedad. Cfr. ZALAQUETT, José. "Balancing ethical imperatives and political constraints: the dilemma of new democracies confronting past human rights violations", *Hastings Law Journal*, no. 43, 1991, pp. 1433 y ss.



generalmente carecen de facultades coercitivas de investigación y su mandato se encuentra limitado a un corto período de tiempo.

Conforme con lo mencionado arriba, al igual que el caso argentino, la comisión Rettig tuvo notables dificultades para cumplir su encargo. En palabras del profesor colombiano Farid BENAVIDES:

La Comisión desarrolló un trabajo intenso tanto en Chile como en el exterior, recibió documentos y testimonios. Sin embargo, la colaboración de las fuerzas armadas fue mínima, pues los documentos solicitados para determinar el paradero de los detenidos/desaparecidos no fueron entregados, arguyendo que fueron destruidos, y la mayor parte de los miembros de las fuerzas armadas cuyos testimonios se solicitaron, simplemente no quisieron atender el llamado de la comisión, que carecía del poder para obligarlos a comparecer<sup>122</sup>.

A partir de las experiencias chilena y argentina que han sido expuestas brevemente es posible contextualizar el estado de la cuestión en el Cono Sur, lo que también puede proporcionar una idea de las reacciones de los órganos de protección de DDHH. Habida cuenta de la fragilidad de los nuevos gobiernos democráticos y de los intentos de buena fe de mostrados con las CVR, la visión de la CIDH sobre las transiciones en el continente americano fue bastante laxa. Así, no se puede dejar de citar el informe de la CIDH correspondiente a los años 1985-1986:

Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones...se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y justicia.

Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados – usualmente el parlamento- tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones<sup>123</sup>.

Como se mencionó en las páginas introductorias a este capítulo, existe evidencia empírica de que en los conflictos paradigmáticos que estudia la justicia transicional se han concedido indultos y amnistías. Como se sigue de la cita anterior, aquellas medidas se adoptaron con anuencia de la CIDH, que era consciente de las limitaciones

---

<sup>122</sup> Vid. BENAVIDES VANEGAS, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011, p. 50.

<sup>123</sup> CIDH, Informe anual, 26 septiembre 1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 Rev. 1, capítulo V.

contextuales de una transición política negociada, que demandaba decisiones democráticas más no un recurso absoluto hacia el derecho penal.

Otro detalle que merece destacarse es que en la fase II de la justicia transicional se incorporaron nuevos actores al proceso como ONG's, múltiples grupos de defensores de DDHH y confesiones religiosas y ya no únicamente a Estados soberanos como en la fase I<sup>124</sup>. En todo caso, el modelo de justicia transicional de la fase II denominado como de *justicia restaurativa* podría acarrear gravísimas consecuencias negativas, entre estas, el mantenimiento del *statu quo* en las relaciones de poder dentro de la sociedad, afectando así la vigencia del Estado de Derecho y excluyendo a las víctimas del debate público<sup>125</sup>.

Es posible que un estado de cosas de estas características, lejos de cerrar heridas en la sociedad, las mantenga abiertas pues el interés de justicia en las víctimas no disminuye necesariamente por el paso del tiempo<sup>126</sup>. Recapitulando, el *perdón en blanco* constituye, para autores como UPRIMNY y SAFFON, un uso meramente discursivo de la justicia transicional, siendo manipulador y opresivo en la medida de que pretende la impunidad a través de una paz negociada que desconoce los derechos de las víctimas y garantiza relaciones desiguales de poder a favor de los victimarios<sup>127</sup>. Adhiriendo a este criterio, las transiciones que no presentan componentes de verdad, justicia y reparación tampoco pueden catalogarse como procesos de justicia transicional sino, más bien, como *transiciones sin justicia*.

Como se ha visto, la Fase II incluye algunos procesos transicionales con componentes de revelación de la verdad, pero también recoge procesos de países que renunciaron a

---

<sup>124</sup> Se puede afirmar pacíficamente que “ha surgido una industria de la praxis, apoyada por organizaciones no gubernamentales dedicadas organizaciones no gubernamentales (ONG) y financiamiento a gran escala de donantes occidentales”. Cfr. GREARY, Paul y ROBINS, Simon. “From Transitional to Transformative Justice: a new agenda for practice” *The International Journal of Transitional Justice*, 2014, p.340.

<sup>125</sup> TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.16, Cambridge, MA, 2003, p.84.

<sup>126</sup> “La justicia transicional implica un enfoque no lineal del tiempo. Este fenómeno se refleja en las respuestas legales que se toman, a menudo en forma de litigios demorados, para ampliar el alcance de la justicia de transición, caso por caso”. Cfr. TEITEL, Ruti. *Globalizing transitional justice*, Oxford University Press, 2015, p. 61.

<sup>127</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia". *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, p. 176.

cualquier pretensión de verdad o justicia a cambio de una meta más modesta<sup>128</sup>. En ese caso, resulta lógico y, por supuesto, legítimo que el Estado inicie litigios sobre hechos acontecidos hace décadas, bajo el modelo de justicia retributiva<sup>129</sup>.

### 1.5.2. El apartheid en Sudáfrica y la amnistía

Hasta 1993 Sudáfrica era el único país de la África Negra que era gobernado por una minoría blanca que rondaba el 21% de la población. La minoría blanca, los *afrikaners*, establecieron un sistema institucionalizado de discriminación en contra de la mayoría de la población negra<sup>130</sup>. Este sistema se caracterizaba –formalmente– por la violación de derechos políticos, como el sufragio y el derecho a presentarse como candidato a dignidades públicas. Otro componente del régimen *apartheid* fue la segregación de servicios públicos y una política de desplazamientos forzosos, que confinaba a la población negra a vivir en guetos.

Esta estrategia de discriminación institucionalizada era acompañada de otra ilegal que consistía en masacres, asesinatos, tortura, encarcelamiento prolongado de activistas y una severa discriminación económica y social. Producto de la presión internacional y a la imposibilidad del régimen del *apartheid* para reformarse, el gobierno del presidente De Klerk se vió obligado a la liberación del líder Nelson Mandela. A partir de allí, en 1990, se iniciaron las negociaciones formales entre el gobierno y los sectores marginados. Ya para 1991, el gobierno había derogado gran parte de la legislación del

---

<sup>128</sup> Un buen ejemplo de *perdón amnésico* sería, en su primer momento, el caso de España pues la ley de amnistía no se complementó con ningún mecanismo de verdad, justicia y reparación. Desde un punto de vista normativo, este proceso no reporta valor para la justicia transicional. No se puede negar que haya sido exitoso, pero se puede criticar que fue injusto. Como veremos más adelante, no hay motivos jurídicos que impidan la persecución penal de, al menos, algunos crímenes –desapariciones forzadas, por ejemplo– aunque está alternativa ha sido rechazada por el Tribunal Supremo de España y sacramentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, vid. TAMARIT SUMALLA, Josep. “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”. *Política criminal*, 2012, vol. 7, no. 13, *passim*. También, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de España, N° 101/2012, de 27 de febrero de 2012, pp. 201-21. Igualmente, el TEDH en el caso *Dorado v. España* ha desestimado una petición individual por la desaparición forzada de un ex diputado en la dictadura, aludiendo principalmente, a argumentos de índole procesal como la falta de diligencia de las víctimas y que la entrada en vigor del CEDH fue por mucho posterior a la violación del derecho fundamental. Vid. TEDH. Tercera Sección, Aplicación no. 30141/09, *Antonio Gutierrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. España*, sentencia del 27 de marzo de 2012.

<sup>129</sup> Que parecería ser el espíritu del DPI actual en la medida que los crímenes de guerra, de lesa humanidad y el genocidio son imprescriptibles en cuanto al ejercicio de la acción y la pena.

<sup>130</sup> Aunque como señala DUGARD, ya en 1973 se había suscrito la Convención contra el apartheid que establecía el deber de los Estados firmantes de perseguir penalmente y extraditar a los sospechosos del delito. La existencia de esta convención, hacía intuir que la transición de Sudáfrica iba a ser “a la Núremberg”. Cfr. DUGARD, John. “Reconciliation and Justice: The South African Experience.” *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8, no. 2, 1998, p. 290.

*apartheid* y para 1993, se había alcanzado un acuerdo para establecer en Sudáfrica un gobierno democrático, no racial y no sexista.

La Constitución interina de Sudáfrica (1993) representa un interesante caso del denominado *constitucionalismo de transición*. De una parte, el Partido Nacional exigía que la constitución interina fuera negociada entre los partidos políticos y que está no fuera producto de una Asamblea Constituyente de elección popular. El motivo principal de esta exigencia era garantizar la estabilidad de los pactos como garantía frente a un nuevo gobierno<sup>131</sup>. El apartado final de la constitución establecía que “...con el fin de avanzar en la reconciliación y la reconstrucción del país, deberá otorgarse amnistía en relación con todo acto, omisión u ofensa asociada con motivos políticos y en el curso de los conflictos del pasado”<sup>132</sup>.

En 1995, cuando Nelson Mandela resultó electo presidente inició formalmente la transición con la promulgación de la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, que contemplaba la creación de la CVR. La Comisión de la Verdad y Reconciliación, liderada por el antiguo arzobispo de Ciudad del Cabo y premio nobel de la paz, Desmond Tutu, recogió más de 23.000 testimonios durante sus audiencias y publicó en 1998 un informe de cinco volúmenes que revelaba las atrocidades del *apartheid*<sup>133</sup>:

Tras la instalación de la Comisión, científicos sudafricanos de alto rango revelaron la existencia, en tiempos del *apartheid*, de un laboratorio llamado «Fábrica de la muerte». Desde 1983 se desarrollaron en este espacio un compuesto químico capaz de matar sin dejar ningún rastro a los negros, una «bacteria racista» que afectaba exclusivamente a esta población, y una vacuna destinada a esterilizar a las mujeres de color...<sup>134</sup>

La CVR de Sudáfrica, a diferencia del resto de comisiones de la verdad en el mundo entero, se caracterizó por tener facultades cuasi-jurisdiccionales como la de dictar amnistía. Para ello, condujo procesos públicos e individualizados en los que el solicitante debía confesar la verdad sobre los hechos y demostrar el móvil político del

---

<sup>131</sup> Es un caso interesantísimo pues la constitución interina fue ratificada en 1994 por medio de elecciones generales y la CVR concedió la primera amnistía recién en septiembre de 1997.

<sup>132</sup> RODRÍGUEZ, Gina. "Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia", *Revista Justicia Juris*, vol.7, no.2, 2011, p.57.

<sup>133</sup> Informe de la Comisión Sudafricana de la Verdad y Reconciliación, volumen 5, 1998, pp.119-124. Sobre el concepto de constitucionalismo de transición puede consultarse TEITEL, Rutí. *Globalizing transitional justice*, Oxford University Press, 2015, pp.181-202.

<sup>134</sup> RODRÍGUEZ, Gina. "Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia", *Revista Justicia Juris*, vol.7, no.2, 2011, p.57.

crimen<sup>135</sup>. Esta CVR tiene especial valor porque encuentra su fundamento de validez en la Constitución de Sudáfrica y un acto parlamentario, al contrario de las CVR sudamericanas creadas vía decreto presidencial.

A través de la CVR se solicitaron 7000 amnistías y se concedieron en 1200 casos, estableciéndose como principal condena la exposición pública de los crímenes<sup>136</sup>. La transición sudafricana reconoció que se perpetraron graves violaciones a los DDHH contra la población negra; y, sin embargo, para lograr un fin superior –la reconciliación y la reconstrucción de la sociedad– decidió desistir de la “venganza”, la “retaliación” y la “victimización” y sustituirlas por entendimiento de los hechos, reparación y “*Ubuntu*”, esta última entendida como esencia humana común capaz de mantener la unidad de la especie<sup>137</sup>.

En relación a este caso, debe hacerse una aclaración importante. Un considerable sector de la academia propugna una visión del derecho penal por la que comunidades de víctimas –por motivos culturales o ancestrales– prefieren métodos distintos al castigo penal con el propósito de reintegrar al autor de un injusto penal a la comunidad. Se trata de mecanismos ancestrales como el *mato oput* en Uganda, que tiene como propósito último reconocer la responsabilidad sobre el injusto, reparar a la víctima y reestablecer relaciones entre el victimario y la víctima. Sin embargo, como demuestran varios estudios, estos métodos son difícilmente aplicables –e inaceptables para las víctimas– en casos de crímenes masivos y graves violaciones de DDHH por el simple hecho de que

---

<sup>135</sup> Un recuento de la transición sudafricana y del rol de la Comisión de la Verdad y Reconciliación puede consultarse en VAN ZYL, Paul. "Dilemmas of transitional justice: The case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *Journal of international Affairs*, Vol. 52, No.2, 1999, pp. 647-667.

<sup>136</sup> “El Comité de Amnistía tiene amplios poderes para considerar las solicitudes de amnistía. El Comité tiene la facultad de otorgar la amnistía con respecto a cualquier acto, omisión u ofensa al que se refiera la solicitud particular de amnistía, siempre que el solicitante en cuestión haya hecho una divulgación completa de todos los hechos relevantes y haya establecido además que el acto, la omisión o la disputa pertinente la ofensa está asociada con un objetivo político cometido en el curso de los conflictos del pasado ...”. Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 17/96, AZAPO vs. El Presidente de la República de Sudáfrica, 1996, p. 6

<sup>137</sup> “La búsqueda de la unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz requieren la reconciliación entre los pueblos de Sudáfrica y la reconstrucción de la sociedad. La adopción de esta Constitución sienta las bases seguras para que el pueblo de Sudáfrica trascienda las divisiones y las luchas del pasado, lo que generó graves violaciones de los derechos humanos, la transgresión de los principios humanitarios en conflictos violentos y un legado de odio, temor y culpa, y la venganza. Ahora se pueden abordar sobre la base de que hay una necesidad de comprensión, pero no de venganza, una necesidad de reparación, pero no de represalias, una necesidad de *ubuntu*, pero no de victimización”. Cfr. Ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación N° 34 de 1995.

fueron creados para infracciones menores que no implican el quiebre de la comunidad<sup>138</sup>.

Lo cierto es que, en un conocido caso de la justicia constitucional sudafricana, un grupo de víctimas buscó impugnar la constitucionalidad de la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación de alegando que los crímenes cometidos en el *apartheid* debían ser investigados y sus autores procesados judicialmente. Alegaban también que la amnistía, que liberaba a los responsables de toda responsabilidad penal y civil, era contraria al texto constitucional que reconocía el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>139</sup>.

Empero, la Corte Constitucional de Sudáfrica consideró que la amnistía era un “acto soberano de olvido” y que no era una “amnistía en blanco” porque perseguía restaurar el orden democrático y satisfacía el derecho a la verdad de las víctimas<sup>140</sup>.

Además, la Corte Constitucional argumentó que el derecho internacional vigente en aquella época –en referencia a la Convención de Ginebra de 1949 y sus protocolos– no obligaba al Estado a procesar judicialmente a los responsables de violaciones de DDHH:

Una cosa es permitir que los oficiales de un poder hostil que han invadido un estado extranjero queden impunes por graves violaciones de los derechos humanos perpetradas

---

<sup>138</sup> En relación a Uganda: “las víctimas entrevistadas por Human Rights Watch aparentemente “no estaban de acuerdo con la perspectiva de que se perdonara a los líderes del ERS, y en cambio, querían justicia e incluso una retribución”. Según la revista del New York Times, muchos ex soldados niños supuestamente “regresaron del campo para encontrar que ya no tenían un hogar. No pueden volver a las aldeas donde la gente recuerda la noche en que vinieron con los rebeldes y masacraron a sus familiares y vecinos y, muchas veces, incluso a sus propios padres”. Además, mientras que los acholis “saben que casi todos, con excepción de algunos pocos comandantes más viejos, eran a su vez niños secuestrados, la piedad por los rebeldes como víctimas queda anulada por el odio y el miedo que les tienen como victimarios”. Human Rights Watch sostiene que incluso si la comunidad aceptó a los perpetradores en su seno, las víctimas individuales no quieren perdonar a los perpetradores de crímenes graves.” ROSE, Cecily and SSEKANDI, Francis. “The pursuit of transitional justice and African traditional values: a clash of civilizations-The case of Uganda.” *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol.4, No.7, 2007, pp. 111-112.

<sup>139</sup> “El Señor Soggot, quien compareció ante los solicitantes junto con el Sr. Khoza, sostuvo que la sección 20 (7) [de la ley] era incompatible con la sección 22 de la Constitución, que establece que “una persona tendrá derecho a que los tribunales resuelvan las disputas justiciables” de la ley o, cuando corresponda, otro foro independiente o imparcial”. Afirmó que el Comité de Amnistía no era “un tribunal de justicia “ni un” foro independiente o imparcial “y que, en cualquier caso, el Comité no estaba autorizado para resolver disputas justiciables...”. Cfr. Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 17/96, AZAPO vs. El Presidente de la República de Sudáfrica, 1996, pp. 10-11.

<sup>140</sup> Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 17/96, AZAPO vs. El Presidente de la República de Sudáfrica, 1996, pp. 3-32.

durante el curso de dicho conflicto. Otra cosa es obligar tal castigo en circunstancias donde tales violaciones han ocurrido a consecuencia del conflicto entre diferentes formaciones dentro del mismo Estado... Los antiguos adversarios de tal conflicto habitan el mismo territorio soberano. Tienen que vivir el uno con el otro y trabajar entre sí y el Estado en cuestión está mejor equipado para determinar qué medidas pueden ser más conducentes para la facilitación de dicha reconciliación y reconstrucción.

Ese es un ejercicio difícil que la nación...tiene que realizar teniendo en cuenta su propia historia peculiar, sus complejidades, incluso sus contradicciones y sus tradiciones emocionales e institucionales. Qué papel debe jugar el castigo respecto de los antiguos actos de criminalidad en tal situación es parte de tal complejidad<sup>141</sup>.

En la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica se hizo énfasis en la soberanía nacional, por ejemplo, se indicó que quienes negociaron la constitución interina “adoptaron una decisión deliberada” que prefería el entendimiento de los hechos antes que la venganza. Destaca, especialmente, el criterio de la Corte en el sentido de que no existía una prohibición general en el derecho internacional de conceder amnistía para casos relativos a graves violaciones de DDHH:

No solo Sudáfrica se ha visto confrontada por una situación histórica que demanda la amnistía de actos criminales con el propósito de facilitar la transición y la consolidación de un orden democrático. Chile, Argentina y el Salvador están entre los países que en tiempos modernos se han visto confrontados por necesidades similares. Aunque los mecanismos adoptados para facilitar tal proceso varíen en razón del país y del tiempo, el principio de que la amnistía debe, en circunstancias apropiadas, ser concedida a violadores de derechos humanos para facilitar la consolidación de nuevas democracias fue aceptado en todos estos países y las comisiones de la verdad fueron también establecidas en estos países.

Lo que surge de la experiencia de estos y otros países que han terminado períodos de gobierno autoritario y abusivo es que no existe una práctica internacional única o uniforme en relación con la amnistía. Las decisiones de los Estados en transición, tomadas con el fin de ayudar a tal transición, son bastante diferentes de los actos de un estado que cubre sus propios crímenes al otorgarse inmunidad. En el primer caso, no se trata de que los agentes gubernamentales responsables de las violaciones se indemnicen a sí mismos, sino más bien, uno de un pacto constitucional firmado por todas las partes, con ex víctimas bien representadas, como parte de un proceso continuo desarrollar la democracia constitucional e impedir la repetición de los abusos<sup>142</sup>.

La mayoría de la literatura considera que Sudáfrica es un *leading case* en temas de justicia transicional por su alto componente deliberativo y restaurativo. Por supuesto, existe literatura revisionista que considera que la transición fue inidónea e insuficiente. Especialmente, se suele argumentar que persiste la violencia estructural pues “más del 60% de la población vive bajo el límite de pobreza, mientras menos del 11% concentra

---

<sup>141</sup> Ídem, p.29.

<sup>142</sup> Ídem, pp.22-23.

la producción del país, en una mezcla singular de primer y tercer mundo cuyo resultado es una sociedad desequilibrada con fuertes tendencias a la violencia...”<sup>143</sup>. Al respecto, la misma Corte Constitucional de Sudáfrica reconoció que:

Las familias de aquellos cuyos derechos humanos fundamentales fueron invadidos por la tortura y el abuso no son las únicas víctimas que han soportado "sufrimientos e injusticias incalculables" en consecuencia de la crasa inhumanidad del apartheid que tantos han tenido que soportar por tanto tiempo. Generaciones de niños nacidos y aún por nacer sufrirán las consecuencias de pobreza, desnutrición, falta de vivienda, analfabetismo y desempoderamiento generados y sostenido por las instituciones del apartheid y sus efectos manifiestos en la vida y la vida para muchos. El país no tiene los recursos ni las habilidades para revertir completamente estos errores masivos<sup>144</sup>.

A pesar de lo comentado, la realidad es que el procesamiento penal de los responsables de graves violaciones de DDHH (o su impunidad) tiene muy poco que ver con la corrección de injusticias de orden económico y social, que en la mayoría de los casos es meramente contingente. En realidad, para hacer frente al problema de referencia se requiere de la corrección de desigualdades estructurales que no se pueden lograr a través de un proceso judicial sino a través de políticas públicas como la reforma del sistema impositivo, del sistema de salud pública y el educativo.

Tanto es así, que las transiciones “amnésicas” en Europa y América latina no han representado mayor impedimento para la consolidación –de las imperfectas– democracias y el desarrollo económico y social. En cambio, las transiciones en África, que presentan fuertes componentes de justicia, mantienen sociedades con altos índices de pobreza, de percepción de corrupción y de deuda externa<sup>145</sup>.

A manera de cierre de esta sección conviene destacar que a pesar de que una visión puramente *restaurativa* del derecho penal, basada en procedimientos de justicia ancestral, resulte poco persuasiva para graves violaciones de DDHH, aquello no implica necesariamente que las víctimas no se encuentren dispuestas a renunciar, al menos en

---

<sup>143</sup> RODRÍGUEZ, Gina. "Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia", *Revista Justicia Juris*, vol.7, no.2, 2011, p.58.

<sup>144</sup> Constitutional Court of South Africa, case CCT 17/96, AZAPO vs. The President of the Republic of South Africa, 1996, p.38.

<sup>145</sup> Por ejemplo, en 2016 Sierra Leona tenía un PIB per cápita de 521€ que la colocaba en el puesto 183 de una lista de 195 países, demostrando la bajísima calidad de vida de sus habitantes, como corrobora el Índice de Desarrollo Humano de la ONU. De otro lado, el índice de percepción de corrupción elaborado por transparencia internacional coloca al país africano en el puesto 130 de 180. Vid. Datos Macro, “Sierra Leona: Economía y demografía” (última consulta 04/03/2018) <https://www.datosmacro.com/paises/sierra-leona>



cierta medida, a su *deseo* de castigo penal, en aras de alcanzar la paz social, siempre que existan medios para conocer la verdad de los hechos y reafirmar su dignidad humana<sup>146</sup>.

### **1.5.3. El surgimiento de los tribunales penales híbridos**

Los conflictos especialmente graves, sobre los que no conviene entrar en detalle por ser en exceso conocidos, caracterizados por la violación masiva de DDHH, condujeron a la creación de tribunales penales internacionales e híbridos, que conjugan componentes locales e internacionales en el juzgamiento penal de los máximos responsables. Entre los referidos cuerpos judiciales se encuentran: el Tribunal Internacional Criminal para Ruanda (TICR), el Tribunal Internacional Criminal para la Antigua Yugoslavia (TICAY), las Cámaras extraordinarias de la Corte de Camboya (CECC), el Tribunal Internacional especial para Sierra Leona (TIESL) y el Tribunal especial para Líbano (TEL).

Estos tribunales han sido objeto de distintas valoraciones. De una parte, se considera que la Comunidad Internacional puede y debe cooperar con las autoridades locales cuando aquellas no pueden juzgar las atrocidades cometidas en su territorio. En esa medida, podrían ser positivos al introducir imparcialidad, independencia y experiencia para abordar la cuestión penal. De otro lado, se ha insistido en que estos tribunales, en la práctica, han sido ineficientes, tienen un alto costo económico, sustraen de la esfera local el conflicto y alienan a las víctimas y a la comunidad, entre otras críticas que, por cierto, merecen valorarse individualizadamente.

Sin embargo, este no es el lugar apropiado para realizar ese análisis. Aquí lo que interesa destacar es que si bien los tribunales internacionales e híbridos se encuentran cronológicamente en la fase II del modelo ideado por TEITEL, su actuación no corresponde al paradigma ponderativo entre justicia y paz, sino que representan *transiciones punitivas* consolidadas a través de juicios penales en contra de los máximos

---

<sup>146</sup> En el caso de Uganda: “las entrevistas realizadas por diversas ONG observan que los entrevistados en general desean perdonar a los perpetradores por el bien de la paz, después de tantos años de conflicto. Además, según una investigación realizada por el Centro Internacional para la Justicia Transicional, el 58% de los entrevistados no desea que los miembros de bajo rango del Ejército de Resistencia del Señor sean responsabilizados por sus crímenes. Sin embargo, el 66% de los entrevistados quiere que se responsabilice a los líderes del ERS por las violaciones, y que sean condenados a prisión mediante un juicio”. ROSE, Cecily and SSEKANDI, Francis. "The pursuit of transitional justice and African traditional values: a clash of civilizations-The case of Uganda." *Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol.4, No.7, 2007, p.121.

responsables de graves violaciones de derechos fundamentales, utilizando la lógica de la justicia del vencedor característica de la Fase I.

Estos tribunales –todos auspiciados por la ONU y creados *ex post facto*– rechazan la posibilidad de amnistías para casos de graves violaciones de DDHH, aunque lo hacen con interesantes matices que merecen destacarse. Por ejemplo, el TICAY se ha referido a las amnistías señalando que de acuerdo a las reglas del estatuto y a las reglas de procedimiento el tribunal no se encontraba vinculado a la legislación del Estado y por tanto no se encontraba obligado a reconocer la amnistía en favor del procesado<sup>147</sup>.

En otra ocasión, el tribunal ha hecho explícito que ciertos crímenes –como la tortura, el genocidio y las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra– se encuentran categóricamente prohibidos por tratados internacionales y que admitir la posibilidad de amnistía en aquellos casos sería un contrasentido:

El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa de derecho internacional tiene efectos a nivel interestatal e individual. A nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería absurdo argumentar, por un lado, que a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o las normas consuetudinarias que prevean la tortura son nulos y sin validez *ab initio*, y luego no tener en cuenta el hecho de que estado decida tomar medidas nacionales que autorizan o toleran la tortura o absuelven a sus autores a través de un ley de amnistía<sup>148</sup>.

Sin embargo, la Cámara de juicio de primera instancia de las CECC señaló que el estado actual del derecho internacional no refleja una prohibición absoluta de la amnistía y hace un matiz con respecto de las amnistías que contengan mecanismos de responsabilidad y reparación a las víctimas:

Aunque puede debatirse si la práctica estatal en relación a otros serios crímenes internacionales es suficientemente uniforme como para establecer una prohibición absoluta de las amnistías en relación a aquellos, esta práctica demuestra la existencia, como mínimo, de un derecho retroactivo de terceros estados, tribunales internacionales y cortes locales para evaluar las amnistías y de implicarles o limitar su ámbito de

---

<sup>147</sup> “La Cámara de Apelaciones considera que el hecho de que la ARYM otorgó la amnistía a otras personas involucradas en el conflicto ARYM-NLA es irrelevante en el presente caso, ya que el Tribunal no está obligado por ningún acto de la ARYM que otorgue amnistía a los involucrados en el conflicto en virtud del Artículo 24 del Estatuto o la Regla 101 de las Reglas. La Cámara de Apelaciones también toma nota de que la legislatura pertinente de la ARYM contiene una disposición de que aquellos que cometieron actos criminales que se encuentran dentro de la jurisdicción del Tribunal están excluidos de la concesión de la amnistía”. Cfr. Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, caso no. IT-04-82-A, *Fiscal vs. Boskoski y Tarculovski*, 19 de mayo de 2010, pp. 78-79.

<sup>148</sup> Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso No. IT-95-17/1-T, *Fiscal vs. Furundžija*, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr.155.

aplicación si resulta que aquellas son incompatibles con normas internacionales...las amnistías para estos crímenes (especialmente cuando no están acompañadas de ninguna forma de mecanismo de responsabilidad) son incompatibles con estas metas [en referencia a proveer un remedio efectivo a las víctimas y a la obligación de los estados de perseguir crímenes internacionales]<sup>149</sup>.

De su parte, la Corte Especial para Sierra Leona ha reconocido que no existe aún una práctica internacional consistente en la comunidad internacional –que derive en una norma de derecho consuetudinario– sobre la prohibición absoluta de amnistía para crímenes de lesa humanidad:

Tras analizar la práctica internacional en lo atinente a la efectividad de una amnistía otorgada por estado y la inconsistencia en la práctica estatal en relación a la prohibición de amnistía para crímenes de lesa humanidad, Cassese conceptualizó el estado de la práctica “no existe aún una obligación general para los estados para abstenerse de las leyes amnistía en estos crímenes. En consecuencia, si un Estado aprueba una ley en ese sentido, no infringe ninguna norma consuetudinaria. Sin embargo si una corte de otro estado tiene en custodia a personas acusadas de crímenes internacionales y decide procesarlas a pesar de que en el estado del que son nacionales se hubieran beneficiado de la ley de amnistía, aquella corte no estaría actuando de forma contraria al derecho internacional general, en particular, al principio de respeto de la soberanía de otros Estados<sup>150</sup>.

El criterio expuesto hasta aquí es compartido por MALLINDER que en sus comentarios a las directrices Belfast sobre amnistía y responsabilidad ha resaltado el hecho de que los Estados siguen dispuestos a promulgar leyes de amnistía, incluso para los crímenes más graves rechazando, de forma sistemática, las propuestas para limitar su discrecionalidad en tratados internacionales. De hecho, entre los años 1945 y 2011 se promulgaron más de 530 leyes de amnistía en 138 países del mundo; y, entre enero de 1979 y diciembre de 2010, fueron promulgadas 12,25 leyes de amnistía en promedio cada año en todo el mundo<sup>151</sup>. Además, estas amnistías han sido, en muchas ocasiones, validadas por los más altos tribunales internos por lo que parecía apresurado y discutible entender que existe una *prohibición estable y absoluta* fundada en el derecho internacional consuetudinario que, vale recordar, demanda de una práctica sostenida de la mayoría de los Estados que componen la comunidad internacional.

---

<sup>149</sup> Cámaras Extraordinarias de la Corte de Camboya, caso No. 002/19-09-2007/ECCCffC, Decisión preliminar sobre objeciones, 3 de noviembre de 2011, párr.53.

<sup>150</sup> Corte Especial para Sierra Leona, Cámara de Apelaciones, Caso No. SCSL-2004-15-AR72 (E), *Fiscal vs. Kallon & Bazy*, sentencia del 13 de marzo de 2004, párr. 71.

<sup>151</sup> MCEVOY, Kieran & MALLINDER, Louise. "Amnesties in transition: punishment, restoration, and the governance of mercy." *Journal of Law and Society*, Vol. 39, No. 3, 2012, pp. 410-440.

Como se puede apreciar, la fase II planteó una profunda discusión normativa en torno a los conceptos de verdad, justicia y reparación, así como de cuestiones relativas a la jurisdicción, soberanía y globalización. Ello implicó debatir sobre si un crimen debía mantenerse bajo el control del Estado donde el acto había sido cometido o si existen infracciones que por su gravedad afectan a todos los Estados en conjunto, permitiendo la modificación del derecho penal en términos excepcionales relacionados a la jurisdicción (universal) y la temporalidad (imprescriptibilidad) en la persecución penal.

### **1.6. Tercera fase: la normalización de la justicia transicional**

En su célebre ensayo titulado “genealogía de la justicia transicional” TEITEL advierte que desde finales del siglo XX el discurso de la justicia de transición ha variado considerablemente. Ya no se utiliza para hacer frente a las injusticias de un régimen autoritario anterior o para abordar las injusticias cometidas en una guerra civil. Sobran ejemplos para explicar cómo este concepto ha ido perdiendo un contorno claro de aplicación:

...el nuevo milenio parece estar asociado con la expansión y normalización de la justicia transicional. Lo que era históricamente visto como un fenómeno legal asociado a condiciones post-conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales. La guerra en tiempos de paz, la fragmentación política, Estados débiles, guerras pequeñas y el conflicto permanente, todas son características condiciones políticas contemporáneas. Estos acontecimientos contemporáneos han estimulado el intento de lograr una normalización de la justicia transicional, conduciendo en última instancia a consecuencias ambivalentes<sup>152</sup>.

En buena parte por la globalización y el constante desarrollo del derecho internacional, la justicia de transición se encuentra actualmente omnipresente en la política “...con procesos de justicia transicional demorados, el significado mismo de la categoría de la transición se ha expandido a lo largo del tiempo hasta convertirse en una persistente metáfora”. Si esto es así, el verdadero problema no es abordar problemas de justicia histórica como si aquellos fueran de justicia transicional<sup>153</sup>. Lo preocupante es la

---

<sup>152</sup> TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.16, Cambridge, MA, 2003, pp.89-90.

<sup>153</sup> “Al final del siglo, hubo un evidente aumento de situaciones de la permanencia de antiguas injusticias y de una justicia transicional pospuesta. Hubo persistentes llamados a pedir disculpas, realizar reparaciones, publicar memorias, y todo tipo de ajuste de cuentas relacionadas con crímenes y sufrimientos pasados. Abundaron los ejemplos de demandas y arreglos, incluyendo aquellos relativos a patrimonios y propiedades perdidas durante la Segunda Guerra Mundial, reparaciones económicas por esclavitud e incluso injusticias mucho más antiguas tales como las colonizaciones, la Inquisición y las

*distorsión del concepto* para *provocar* transiciones. Pensemos, por ejemplo, en la denominada “lucha contra el terrorismo”, la intervención de la OTAN en la Antigua Yugoslavia en 1999 sin contar con autorización del Consejo de Seguridad de la ONU<sup>154</sup> y doctrinas como el ataque preventivo— justificando todo en una base humanitaria<sup>155</sup>.

Lo dicho es importante porque la justicia de transición fue ideada para abordar retroactivamente las violaciones de DDHH de sociedades post-conflicto o sociedades que alcanzaron un régimen democrático. De tal manera, apelar a la moralidad universal y al discurso de lograr verdad, justicia y reparación para conflictos del presente puede prestarse para el más alto grado de politización del Derecho y a la adopción de procedimientos irregulares.

El cénit de la justicia transicional se cristalizó en el derecho internacional con la constitución de la CPI, un tribunal permanente de carácter internacional que tiene la *competencia complementaria* de juzgar los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. El ECPI es el instrumento constitutivo de la CPI y se abrió a la firma de los Estados el 17 de julio de 1998 durante la Conferencia Plenipotenciaria de la ONU. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 tras aprobar el quórum ratificatorio de 60 Estados. En la actualidad, el tratado ha sido ratificado por 123 Estados miembros. Otros Estados como EE. UU, China, Rusia e Israel —que representan buena parte de la población mundial— no la han ratificado.

Para algunos, la CPI representa el punto máximo de la conciencia jurídica universal al reflejar valores comunes que comparte la humanidad toda. Otros en cambio, ven al tribunal con más escepticismo y presentan objeciones que menguan la legitimidad que emana de su misión<sup>156</sup>. Aunque aquí no se pueda abordar con el detalle que merece la

---

Cruzadas”. TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.16, Cambridge, MA, 2003, pp.85-86.

<sup>154</sup> Después de la Segunda Guerra Mundial, con la conformación de la ONU, la doctrina de la intervención humanitaria es insostenible e incompatible claramente con el derecho positivo, especialmente, con las normas de la Carta de la ONU que prohíben el uso de la fuerza salvo en caso de legítima defensa o previa autorización del Consejo de Seguridad.

<sup>155</sup> En referencia a los discutidos conceptos de “guerra justa”, “intervención humanitaria” y “responsabilidad de proteger” que fueron desarrollados principalmente por Francisco de Vittoria, Hugo Grocio, el mismo Kant y que ha sido ampliamente tratados en obras como WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona: Paidós, 2001, *passim*.

<sup>156</sup> Así, por ejemplo, José Luis MARTÍ ha señalado que la legitimidad democrática-procedimental de una institución internacional no es una cuestión de todo o nada, sino de grado. De tal suerte, si bien es cierto que la CPI responde en últimas a la Asamblea de Estados parte, no es menos cierto que no existe igualdad material entre los Estados que la integran. Hay algunos Estados que no han ratificado el ER y, por tanto,

cuestión, es menester indicar que ni siquiera la codificación del DPI ha descartado abiertamente la posibilidad de una amnistía en casos de graves violaciones de DDHH.

Como ha señalado Michael SCHARF:

En la conferencia preparatoria para el establecimiento de un Corte Penal Internacional en agosto de 1997, la Delegación de los Estados Unidos circuló un "nonpaper", que sugirió que el tribunal permanente propuesto debería tener en cuenta tales amnistías en interés de las La paz y la reconciliación nacional a la hora de decidir si ejercer o no jurisdicción. sobre una situación o para procesar a un delincuente en particular. De acuerdo con El texto de los Estados Unidos, las políticas que favorecen el procesamiento de los delincuentes internacionales debe equilibrarse con la necesidad de cerrar "una puerta al conflicto de un pasado y para alentar la rendición de grupos armados o reincorporación de disidentes armados y por lo tanto facilitar la transición a la democracia. Si bien la propuesta de los Estados Unidos se reunió con críticas de muchos sectores, el texto final del Estatuto de Roma contiene varias disposiciones ambiguas que podrían interpretarse como la codificación de la propuesta de los Estados Unidos<sup>157</sup>.

La mayoría de la doctrina se inclina por derivar del preámbulo del ECPI una obligación general de perseguir los crímenes más graves que afectan a la humanidad toda. Aunque alguien podría objetar esta práctica alegando que el preámbulo serviría restrictivamente para interpretar las obligaciones concretas que han pactado los Estados miembros en el *corpus* del tratado internacional, difícilmente se podría negar que en virtud del principio de buena fe los tratados obligan no solo a su contenido literal sino a todo lo que según el *telos* les sea exigible a las partes según la finalidad del mismo.

Sería un contrasentido constituir un tribunal penal internacional de carácter permanente, pero con *competencia complementaria* si no se asume también que todos los Estados miembros deben perseguir en sus respectivas jurisdicciones. Ahora bien, asumir lo dicho, como es lógico, no comporta asumir que el deber de perseguir tenga carácter absoluto e inderogable. Difícilmente podría compartirse que exista cualquier obligación

---

no se someten a la CPI. Sin embargo, esos mismos Estados –puntuamente, China, Estados Unidos y Rusia– como miembros del Consejo de Seguridad de la ONU, tienen el poder de suspender el inicio de investigaciones, el procesamiento o inclusive un juzgamiento en la CPI (Art. 16). No bastando con lo dicho, si el Consejo de Seguridad de la ONU remite una situación a la CPI, aquella tendrá jurisdicción sin importar si el sospechoso es nacional de un Estado que haya o no ratificado el ER. En conclusión, no habría un equilibrio en términos de igualdad política entre Estados. Más críticas al respecto pueden consultarse en MARTÍ, José Luis. "The Democratic Legitimacy of the International Criminal Court", inédito, disponible en: <https://upf.academia.edu/Joseluismarti> (última consulta: 24/07/2019).

<sup>157</sup> SCHARF, Michael. "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, 32, 1999, p. 508.

positiva, de hacer, absoluta. Eso mismo explica la conocida cláusula del “interés de la justicia” a la que se refiere SCHARF y sobre la que deberemos volver luego<sup>158</sup>.

## 1.7. Conclusiones de capítulo

A lo largo de este primer capítulo he procurado introducir al lector al concepto, fines y tensiones de lo que se ha llamado justicia transicional. También realicé una exposición sumaria sobre el desarrollo genealógico de los procesos históricos a los que se ha vinculado la idea de justicia transicional. Todo esto tiene un propósito para los fines más amplios de la investigación que, vale recordar, pretende llevar la discusión sobre el dilema justicia versus paz al ámbito de los tribunales, especialmente, al ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para evaluar cuales son los límites jurídicos a los que se encuentran vinculados los Estados en procesos transicionales y si, dadas ciertas condiciones, aquellos procesos debieran merecer algún tipo especial de deferencia.

Pues bien, teniendo en mente lo dicho, parece necesario adoptar postura sobre el concepto de justicia transicional. Definitivamente, procede descartar los procesos de posguerra porque aquellos representan un paradigma de transición punitiva, sin concesiones, sin negociaciones y con procesos bastante deficientes desde los estándares de la cultura jurídica occidental. Tampoco podríamos reconocer los procesos de la tercera ola de la democratización en el Cono Sur como verdaderos casos de justicia transicional pues, generalmente, no hubo una estrategia que pondere adecuadamente los intereses de justicia, verdad y reparación. Definitivamente, las Comisiones de la Verdad son instrumentos valiosos, pero de alcance limitado, sin ignorar además que una transición *a la sudafricana* hoy resulta imposible jurídicamente.

De otra parte, el estado permanente de la justicia transicional nos obliga a ser cautelosos con el concepto, después de todo se presta para legitimar un régimen jurídico de excepción. Esta idea comporta dos consecuencias. Primero, asumir con extremada cautela las pretensiones de provocar transiciones políticas por medio de terceros Estados en nombre de la justicia; y, muy vinculado con esto, restringir objetivamente la aplicación del concepto a una determinada clase de crímenes: genocidio, lesa humanidad y de guerra. Al día de hoy, la dictadura o la falta de garantía de los derechos sociales

---

<sup>158</sup> Vid. Capítulo V.

más básicos no son en sí mismas crímenes internacionales. Aplicar indiscriminadamente el concepto convertiría a la justicia transicional, básicamente, en un traje a la medida que resultaría aplicable a cualquier Estado que pretenda poner en marcha una mejoría en las prácticas y procedimientos del Estado de Derecho<sup>159</sup>.

Entonces a partir del método del descarte, queda precisar que la justicia transicional tendría un fin claramente determinado: lograr la paz positiva en una sociedad que ha atravesado un conflicto grave. Esto a su vez conlleva dos cuestiones adicionales. Primero, el rechazo a la versión liberal de la justicia transicional: no basta con establecer una débil democracia y focalizar la atención en el enjuiciamiento penal de los responsables. La justicia transicional debe aspirar a corregir las injusticias de una forma mucho más amplia, extendiéndose entonces al ámbito económico y social. Segundo, si bien es importante la colaboración con la Comunidad Internacional y la fijación de unos estándares mínimos, cada sociedad tiene el derecho de construir su propia transición a partir de sus propias tradiciones. Esto implica rechazar un modelo impuesto “desde arriba” y favorecer la participación en los mecanismos de la justicia transicional.

Además, la justicia transicional debe operar bajo la lógica de la ponderación procurando no sacrificar más allá de lo debido un interés social relevante. Como se verá a lo largo de la investigación, la triada democracia, derechos económicos y sociales y ponderación hacen que la justicia transicional adquiera una verdadera dimensión justificativa: no se trata de hacer *cualquier cosa* dadas las limitaciones que impone el contexto sino, más bien, de *hacer lo justo* en el marco de oportunidades que posibilita el contexto. Este enfoque, como trataré de explicar con mayor detalle posteriormente, ha brindado a los Estados que atraviesan procesos de transición una defensa ante el *poder penal internacional*; y, al estar íntimamente vinculados, también deberían poder constituir una defensa ante los tribunales regionales de derechos humanos.

---

<sup>159</sup> “La orientación de un solo país y un solo mecanismo de la investigación sobre justicia transicional tiende a enfatizar los casos históricos, lo que lleva a la percepción de que la justicia transicional responde solo a los peores tipos de abusos, como el genocidio o el apartheid. Nuestros datos, sin embargo, pintan un cuadro diferente. Encontramos que los mecanismos de justicia de transición se utilizan después de prácticamente todos los períodos de represión o violencia. Existen notables variaciones a lo largo del tiempo, a lo largo de los casos y entre diferentes contextos políticos, pero la justicia de transición ha persistido como una herramienta política para hacer frente a abusos pasados en todo el mundo durante la mayor parte de las últimas cuatro décadas”. OLSEN, Tricia; PAYNE, Leigh & REITER, Andrew. "Transitional justice in the world, 1970-2007: Insights from a new dataset", *Journal of Peace Research*, Vol 47, No 6, 2010, p. 807.



Para finalizar con la descripción del concepto normativo que se utiliza en esta investigación, solamente una justicia transicional como la descrita sería legítima para generar seguridad jurídica. Esto quiere decir, en el otro extremo, que los perdones amnésicos o aún los compensadores –fundados solamente en Comisiones de la Verdad– habilitarían en un momento posterior, consolidada la transición, a la aplicación del derecho penal ordinario.

En lo que respecta al ejercicio del poder punitivo y al dilema justicia versus paz, difícilmente podríamos colegir que existe un *deber absoluto* de perseguir todas y cada una de las graves violaciones de DDHH que constituyan crímenes internacionales. Los motivos son varios pues, conforme hemos visto a lo largo de la exposición todos los tribunales internacionales, desde Núremberg hasta la propia CPI, operan con un criterio de selectividad importante. Sería incoherente exigir a un Estado institucionalmente frágil cumplir una obligación que ni siquiera el *poder penal internacional* puede honrar.

Ni la CPI, con tan solo 6 sentencias en firme, ni los Estados en ejercicio de la jurisdicción universal –francamente, con resultados poco esperanzadores– han asumido seriamente la tarea de perseguir todos los crímenes internacionales. Digamos que en buena medida la impunidad ha sido una constante histórica: desde la Segunda Guerra Mundial, con los crímenes de los aliados y las bombas nucleares, pasando por la impunidad de una inmensa cantidad de delitos en las transiciones latinoamericanas hasta el día hoy.

*Sería complejo negar el deber de perseguir crímenes internacionales pues se podría fundamentar, como se ha hecho antes, en un derecho supra-positivo. Sin embargo, y atendiendo exclusivamente el derecho positivo, tampoco se podría afirmar que se trata de una obligación universal pues, en lógica de analogía interna, los tratados que proscriben los crímenes internacionales se asemejan a contratos entre Estados y en el contractualismo no se puede obligar a un tercero a cumplir obligaciones positivas que no ha consentido.*

Esto es buena muestra de lo contradictorio de una doctrina que pretenda situar los fundamentos axiológicos del DPI en los DDHH pues si estos son efectivamente universales entonces deberían crear obligaciones también de ese carácter, es decir, que vinculen no por el consentimiento sino porque el titular es un ser humano. Dejando de

lado lo que evidentemente es una frustración utópica, paso a mencionar lo último sobre el deber de perseguir crímenes internacionales: quizá un deber absoluto —y que se pudiese cumplir en la práctica— pueda llegar a ser también indeseable. Si el número de responsables es sumamente alto, el procesamiento de todos podría ser contraproducente si lo que se pretende es transformar al enemigo en ciudadano y restaurar las relaciones sociales.

En todo caso, si la obligación de perseguir crímenes internacionales no puede ser absoluta, ni universal —no es lo mismo estar facultado para hacerlo que estar obligado a hacerlo<sup>160</sup>— tampoco sería posible descartar *a priori* las herramientas que el derecho ha constituido, precisamente, para situaciones de quiebre institucional. De hecho, se ha visto que según los apuntes de varios autores las amnistías siguen siendo una práctica común y no estarían claramente prohibidas en el derecho internacional.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, la Corte IDH ha calado fuerte en el desarrollo del derecho internacional y por medio de la *doctrina de la lucha contra la impunidad* nos obliga a detenernos, analizar pausadamente su jurisprudencia y realizar algunas puntualizaciones indispensables para el estudio de la cuestión.

---

<sup>160</sup> En efecto, "...cabe preguntarse, con toda licitud, por los motivos por los que un tribunal de un Estado decide perseguir unos hechos. O todavía más legítimamente, por qué un Estado ha decidido unilateralmente que sus tribunales puedan perseguir cualquiera de esos hechos. Desde luego, la respuesta sencilla es que se desea, con toda legitimidad, que delitos repugnantes no queden impunes, y que además esa autoatribución de jurisdicción no es excluyente con la que también puedan realizar los tribunales del resto de países, debiendo haber una cierta autorrestricción en este sentido. Pero el hecho de que esa asunción sea unilateral compromete la imparcialidad de esos tribunales, porque siempre sucederá —como ya ha ocurrido con reiteración— que se persigue solamente a algunos sospechosos, pero no a todos. Y la razón de esta actuación siempre es política". Vid. NIEVA-FENOLL, Jordi. "El principio de justicia universal: una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes". *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 65, No. 1, 2013, p. 139.

**CAPÍTULO II:**  
**LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD**  
**EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA**

**2. Introducción**

Después de haber adoptado una posición sobre el concepto normativo de justicia transicional y haber delineado brevemente los motivos por los que en mi opinión no podría existir una obligación absoluta de perseguir crímenes internacionales a cargo de los Estados, en el presente capítulo se propone delinear los aspectos más relevantes de la doctrina denominada de lucha contra la impunidad que ha sido desarrollada en base a la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta doctrina, como se verá, tiene efectos muy importantes sobre las medidas de gracia, como los indultos o las amnistías y, en general, sobre todos y cada uno de los aspectos para un proceso de justicia transicional que se realice en cualquier Estado que esté sujeto a la jurisdicción de este tribunal regional.

Lo que se defenderá a lo largo de este capítulo es que la jurisprudencia de la Corte IDH es muy valiosa pues ha transformado en derecho positivo un conjunto de disposiciones del *Soft law* internacional. Ahora bien, sin perjuicio de las decenas de casos en los que el tribunal interamericano ha tenido la oportunidad de construir una jurisprudencia en materia de amnistías que establezca claros criterios para distinguir entre amnistías admisibles bajo el derecho internacional y las que resultan contrarias al mismo, ha de reconocerse que el tribunal interamericano ha desaprovechado esa oportunidad.

Muy vinculado con lo anterior, se sostiene que los criterios de la Corte IDH en la materia, lamentablemente no tienen capacidad de rendimiento suficiente en procesos de transición del conflicto armado a la paz. Finalmente, se evaluará críticamente la flexibilización de las garantías individuales en el proceso penal producto de la doctrina de la lucha contra la impunidad.

**2.1. La premisa: “porque la Convención lo dice...”**

Se conoce sobradamente que hasta antes de la entrada en vigor del ECPI el 11 de abril de 2002 se fundamentaba el deber de perseguir penalmente ciertos delitos graves en tratados internacionales específicos que imponían a los Estados la obligación de

investigar y procesar a los responsables como claramente establecen, entre otras, las Convenciones sobre el Genocidio<sup>161</sup>, los Convenios de Ginebra<sup>162</sup> o las Convenciones sobre la Tortura<sup>163</sup>. Por tanto, aquella obligación solamente era exigible a los Estados que hayan ratificado los respectivos instrumentos internacionales<sup>164</sup>. Una segunda alternativa, pretendió fundamentar el deber de perseguir penalmente ciertos delitos graves en el derecho consuetudinario internacional (artículo 38 (b) Estatuto de la CIJ) o en los principios generales del derecho (artículo 38 (c) Estatuto de la CIJ).

Sin embargo, se analizó a lo largo del capítulo I es difícil aducir una práctica de los Estados a tal efecto<sup>165</sup>. Una tercera vía para fundamentar el deber de investigar, procesar y, de ser el caso, sancionar ciertos delitos graves es valerse de una interpretación –valga

---

<sup>161</sup> “Artículo I: Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

<sup>162</sup> Artículo 49. Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Artículo 50. Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Artículos 82 y 83. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.

Artículos 146 y 147. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

<sup>163</sup> Artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987; Artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>164</sup> Cfr. AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, pp.36-37.

<sup>165</sup> Como comenta AMBOS: “depende en definitiva del significado que se le atribuya a la *práctica estatal* en la fundamentación del derecho internacional consuetudinario. Si desde el punto de vista tradicional se concluye que una práctica estatal firme y uniforme constituye el fundamento de la *opinio iuris*, corresponde a aquella por consiguiente la primacía, y se encontraría dificultades de justificar deberes de castigo si se tiene en cuenta la “impunidad” generalizada en los casos de violación a derechos humanos. Esto solo se puede evitar si se redefine el concepto mismo de práctica estatal y se sustituye su contenido original -regido por la realidad- por uno nuevo, aquel que originariamente se entendió por *opinio iuris*...”. Vid. AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2da edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 83.

decir, bastante flexible— de los instrumentos de DDHH. En el caso de la Corte IDH, del Pacto de San José de Costa Rica por el cual se adoptó la CADH.

De acuerdo a la Corte IDH “la referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana”<sup>166</sup>. Esta estrategia argumentativa ha tenido importantes críticos como Roberto GARGARELLA que ha dicho “ocurre, sin embargo, que cuando uno lee el artículo 1.1. de la Convención Americana, no se encuentra en absoluto con esa férrea y detalladísima serie de obligaciones enunciadas por la Corte”<sup>167</sup>. En efecto, la norma citada reza:

### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Una interpretación literal del texto de la convención no parece tener el potencial de crear las obligaciones jurídico-penales que señala el tribunal interamericano. En todo caso, como ha comentado Anja SEIBERT-FOHR el propósito de la convención “originalmente era garantizar los derechos de los acusados en los procesos penales”, lo que cambió pues ahora existe una “tendencia a garantizar que los perpetradores de graves abusos contra los derechos humanos sean efectivamente llevados a justicia. Las instituciones interamericanas han llegado incluso a asumir un derecho individual a la justicia por parte de la víctima afectada”<sup>168</sup>.

En el decurso de su jurisprudencia la Corte IDH ha procurado *evitar* citar el ECPI o tratados de DIH como fuentes normativas de la obligación de investigar, perseguir y, eventualmente, sancionar graves violaciones a los DDHH. Al limitarse a derivar estos deberes de la CADH el tribunal ha incurrido en déficits argumentativos que han sido

---

<sup>166</sup> Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221, párr. 190.

<sup>167</sup> GARGARELLA, Roberto. "La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman." *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, no.2, 2015, p. 7.

<sup>168</sup> SEIBERT-FOHR, Anja. "Reconstruction through Accountability". *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 9.1, 2005, p. 563.

señalados inclusive por los más entusiastas. Así, por ejemplo, José ZALAQUETT ha dicho en referencia a otro caso que:

...la fundamentación de la Corte para llegar a tales conclusiones es a la vez limitada e imprecisa. Como se verá más adelante es, en cierta medida, inevitable que sea limitada por el modo cómo la Corte ha fallado sobre su propia competencia. En efecto, la Corte no toma en cuenta el concepto de crímenes de guerra, que emana tanto del Derecho Internacional Humanitario, sobre cuya aplicación ha declarado no poseer competencia. Tampoco considera cabalmente el Derecho Penal Internacional...

...la Corte afirma, indirectamente, que el Derecho Penal Internacional, a diferencia del derecho penal nacional de los distintos Estados, no sólo establece una facultad punitiva a favor de éstos, sino que impone una obligación de investigación, prosecución y castigo que pesa sobre los Estados y sobre la comunidad internacional. Sin embargo, dado que la Corte tampoco se vale, consistentemente, del marco normativo del Derecho Penal Internacional o de doctrinas penales determinadas, algunos alcances de tal obligación punitiva resultan imprecisos<sup>169</sup>.

No es posible exponer aquí en detalle la jurisprudencia sobre la cuestión, pues se procurará hacerlo en las secciones siguientes. Lo que interesa destacar aquí es que el deber de investigar, procesar y sancionar “graves violaciones de derechos humanos” – que hilando fino no significa lo mismo que crímenes de lesa humanidad, de guerra o genocidio– se deriva, según la Corte IDH, de la CADH, sin necesidad alguna de recurrir a otros instrumentos. Esa obligación prohibiría también la aplicación del Derecho de gracia.

## **2.2. Breves apuntes sobre el Derecho de gracia**

El Derecho de gracia, siguiendo las ideas de BODINO, es un atributo de la soberanía, entendida por él como un poder absoluto y perpetuo, cuyo ejercicio le corresponde a autoridades cuasi-divinas, por ejemplo, el Emperador, el príncipe, el sacerdote<sup>170</sup>; y, que con el devenir de los tiempos, se ha mantenido en nuestros regímenes democráticos en las manos del poder ejecutivo y del poder legislativo. De acuerdo a los comentarios de Alfonso RUIZ MIGUEL, otros episodios históricos ratifican la idea de que la gracia es un atributo derivado de la soberanía, pues:

---

<sup>169</sup> ZALAQUETT, José. "El caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad." *Anuario de Derechos Humanos*, no. 3, 2007, pp. 183-184.

<sup>170</sup> Ya en el siglo XVI, BODINO configura “el poder de gracia a los condenados por encima de las sentencias y contra el rigor de las leyes” como atributo de la soberanía. Cfr. BODINO, Jean. *Los seis libros de la República* [1576]. Madrid, Tecnos, 2006, p. 80.

[C]on antecedentes más o menos directos y probables en el mundo antiguo —del Código de Hammurabi a la cultura hebrea y de la práctica de la Atenas democrática a la República romana—, parece que el perdón de los delitos se consolida como una institución regular y permanente propia de los monarcas occidentales, más o menos absolutos según los momentos, a partir del principado de Augusto. Ya en el siglo I, cuando Nerón dice de sí mismo «yo soy árbitro de la vida y la muerte de los pueblos», Séneca es el primero en teorizar la indulgencia como especialmente apropiada para el príncipe bajo el ejemplo y modelo de un poder similar al de los dioses<sup>171</sup>.

También se pueden rastrear antecedentes del Derecho de gracia hasta el antiguo Egipto, con la ley Mosaica; en Grecia, Roma, la legislación bárbara, en el feudalismo y en el derecho canónico. Como señala AGUADO RENEDO, el derecho de gracia tiene efectivamente una tradición inmemorial, presente incluso en pasajes bíblicos, como el relato del nuevo testamento sobre el indulto de Poncio Pilato al prisionero Barrabas en lugar de Jesús<sup>172</sup>. Entonces, si se debe ofrecer un concepto, podría decirse que el derecho de gracia se trata de una “potestad de un órgano en cuya virtud puede beneficiar discrecionalmente a los individuos respecto de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación de normas jurídicas”<sup>173</sup>.

La necesidad de incluir la gracia dentro de los distintos ordenamientos jurídicos del mundo ha sido justificada de varias formas. Así, por ejemplo, Concepción ARENAL ha analizado motivos relacionados a la equidad de templar el rigor de las leyes crueles; la conveniencia de apreciar la situación particular de un reo; la justicia de impedir la ejecución de una sentencia, que después de pronunciada resulta injusta; la necesidad de conceder gracia a los delincuentes políticos; la conveniencia de implementar la gracia a favor de los penados que dan muestras de arrepentimiento sincero o que las penas más severas previstas por el derecho penal se apliquen restrictivamente<sup>174</sup>.

Sin embargo, la prerrogativa de gracia fue fuertemente criticada por poderosas voces del pensamiento ilustrado, entre estos, Montesquieu, Kant, Beccaria, Ihering, y sigue siendo objeto de crítica en la actualidad por diversos motivos, entre estos, que la existencia de

---

<sup>171</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 113, 2018, p.16.

<sup>172</sup> AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, 1era ed., 2001, pp. 25-26.

<sup>173</sup> Ídem, p.44

<sup>174</sup> Vid, en general, ARENAL, Concepción. *El derecho de gracia ante la justicia. El reo, el pueblo y el verdugo*. Madrid: La España Moderna, 1893.

un buen sistema de justicia penal hace de la potestad de gracia un recurso innecesario<sup>175</sup>. En el caso específico de KANT, a pesar de su férrea defensa de la soberanía, consideraba que la gracia era “el más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado”. Agregaba igualmente que el soberano no debía ejercer la gracia por delitos entre los súbditos “porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos”<sup>176</sup>.

En la misma línea, la doctrina concuerda en que el Derecho de gracia tiene poca o discutible cabida en el sistema constitucional en la medida que se contrapone con la idea general de seguridad jurídica y que, dadas sus especiales características, lo discrecional de la gracia podría degenerar en su uso arbitrario. En palabras de RUIZ MIGUEL:

...lo graciable se contrapone a lo debido (esto es, a lo obligatorio o merecido) y, por tanto, a lo que es de justicia, de manera que la gracia termina distinguiéndose de la justicia sin perjuicio de ser un modo relativamente regular u ordinario de ejercicio del poder penal; segundo, la gracia, producto de la libre discreción o arbitrio del poderoso, puede ser arbitraria por no estar sometida a criterios preestablecidos, siendo así incontrolable en términos de racionalidad o de justicia<sup>177</sup>.

En efecto, la potestad de gracia implica una contradicción conceptual al desproveer de valor al derecho positivo vigente, reflejado en la sentencia que adjudica responsabilidad penal e impone una sanción, en virtud de otra norma jurídica de la misma jerarquía. Aquella tensión con los valores de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica se ve además agravada cuando la gracia es concedida por una función estatal distinta –como el ejecutivo y legislativo– al reflejar un eventual conflicto de separación de poderes y democracia<sup>178</sup>.

La prerrogativa de gracia puede instrumentarse de diversas maneras, con distintos efectos jurídicos y nomenclaturas dependiendo del ordenamiento jurídico en particular. AGUADO RENEDO trata la cuestión a través del análisis de las constituciones de los

---

<sup>175</sup> AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, 1era ed., 2001, pp.28-29.

<sup>176</sup> Según KANT, el soberano solamente debía ejercer la gracia por delitos políticos, es decir, por delitos contra la Corona y no por crímenes comunes. Cfr. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, trad. cast. y notas de CORTINA ORTS, Adela y CANAL SANCHO, Jesús, Madrid, Tecnos, 1989, p. 174.

<sup>177</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 113, 2018, p.18.

<sup>178</sup> AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, 1era ed., 2001, p. 48. Igualmente, RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 113, 2018, p.29.



Estados miembros de la Unión Europea, la constitución de Estados Unidos y la constitución de Suiza. A partir del estudio de los referidos cuerpos normativos el autor elabora una clasificación inicial que puede resultar útil a efectos esquemáticos: a) el indulto, con las variantes de indulto general e indulto particular; b) la amnistía; y, c) otras formas variadas, en las que el autor incluye la conmutación de penas<sup>179</sup>.

En la clasificación antes mencionada, valdría la pena incluir también las variantes de amnistía propiamente dicha y amnistía impropia, así como la noción de indulto propio e indulto impropio. Como es sobradamente conocido, la distinción conceptual entre amnistía e indulto es que la primera es una institución *in rem*, es decir, afecta al hecho eliminando su carácter antijurídico solamente para el caso concreto lo que tiene como efecto que no exista ningún tipo de atribución de responsabilidad –penal, civil o administrativa– para la persona que se benefició de la amnistía. De otra parte, el indulto es una institución *in personam*, en el sentido de que el acto se encuentra dirigido a sujetos determinados, cuya responsabilidad penal ya ha sido declarada por la justicia.

El indulto, además, no elimina el reproche jurídico de la declaración de responsabilidad penal, sino que solamente elimina la pena. Por este motivo puede afirmarse que las amnistías son más lesivas de los principios axiológicos de un ordenamiento jurídico liberal de lo que podría llegar a ser un indulto. Por lo dicho, dependiendo del ordenamiento jurídico en particular, la concesión de un indulto no elimina la responsabilidad civil o administrativa producto de la sentencia penal.

Por otra parte, se puede entender que hay amnistía impropia e indulto impropio cuando su concesión se condiciona al cumplimiento de determinadas obligaciones por parte del beneficiario. No se comparte la tesis de que se trataría, en caso del indulto impropio, de la *conmutación* de la pena dado que las condiciones no tienen porqué necesariamente tener un contenido aflictivo y comunicativo como es característico de la *poena*, además, y quizá mucho más importante, conmutar significa *sustuir* la pena por otra prevista formalmente como tal en el ordenamiento jurídico. En contraposición, las distintas condiciones que se pudieren imponer al beneficiario para ser acreedor de una amnistía o un indulto condicionado, por ejemplo, pedir disculpas a la víctima o revelar la verdad de

---

<sup>179</sup> AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, 1era ed., 2001, p. 48. Igualmente, RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 113, 2018, pp. 37-42.

los hechos o reparar a la víctima, no están previstas como penas en los ordenamientos jurídicos occidentales.

Otro dato importante además de la distinción realizada arriba es que tanto la amnistía como el indulto pueden ser concedidos parcial o totalmente. En caso de la amnistía, en el supuesto de un concurso real de delitos, el legislador puede decidir olvidar solamente una parte del injusto, pero no la totalidad de los distintos sucesos que componen el hecho total. En el caso del indulto, sería aplicable lo mismo que se ha dicho sobre la amnistía, debiendo añadir que una reducción de la misma pena podría considerarse también un indulto parcial.

En cuanto al órgano que debe conceder la gracia, la regla general en los Estados que prevén tanto la amnistía como el indulto, es que la primera este reservada para el órgano legislativo. Lo mismo sucede con el indulto general pues la lógica subyacente es que el órgano con mayor representatividad y legitimidad democrática cree normas jurídicas con efectos generales. De otro lado, el indulto individual, así como la conmutación de penas suelen ser atribuciones del Jefe de Estado. Como se evidencia de la exposición hecha hasta el momento, se ha evitado conscientemente focalizar la atención al estudio de un ordenamiento jurídico en particular pues, sin desconocer que en efecto pueden existir diferencias de detalle relevantes, aquellas no tendrán mayor relevancia desde el estudio a partir del DIDDHH, que es el objeto particular de esta investigación<sup>180</sup>.

El concepto de gracia se encuentra íntimamente vinculado al concepto de *discrecionalidad* por su naturaleza de prerrogativa que conlleva, lógicamente, que el órgano que tiene la competencia para otorgar la amnistía, la conmutación de pena o el indulto no se encuentra jurídicamente obligado a concederlo. Es decir, aquí opera un criterio de oportunidad política. En cambio, las normas jurídicas que regulan los *beneficios penales*, que son tutelables ante los jueces, descansan sobre una lógica de concesión que al mismo tiempo constituye un criterio normativo para concederlas o negarlas: razones de conveniencia de tipo preventivo-especial ante el pronóstico favorable del sujeto, es decir, la idea de que existen expectativas razonables de que

---

<sup>180</sup> Un estudio detallado de la institución de la amnistía en el derecho constitucional comparado puede consultarse en CERVANTES VALAREZO, Andrés. "Amnesty", *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2019. Disponible en: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e199> (última consulta: 15/12/2019).

quién cometió una falta puede reincorporarse efectivamente a la vida social y, por ello, resulta más conveniente no someter a aquella persona a una pena de prisión.

Conforme a las críticas que atacan el concepto de soberanía como *legibus solutus* y a partir de una nueva concepción basada en el autogobierno compatible con la democracia y los DDHH<sup>181</sup>, la doctrina ha propuesto incluir algunos elementos para morigerar los potenciales efectos nocivos de las instituciones de gracia. Uno de estos elementos ha sido introducir la exigencia de motivación jurídica en los actos de concesión de forma tal que el principio de oportunidad política se complemente con el cumplimiento de requisitos mínimos derivados del principio de publicidad. Muy vinculado con lo anterior, se ha abogado por introducir límites objetivos respecto de los delitos que pueden ser objeto de amnistía o de indulto.

En ese sentido, se ha procurado limitar el Derecho de gracia a los denominados delitos políticos. Sin embargo, esta clasificación no es satisfactoria en la medida que todo delito puede ser considerado político si el criterio definitorio es el móvil –criterio subjetivo– del autor del mismo. Así, por ejemplo, podría haber homicidio por motivos políticos, rapto por motivos políticos, entre otros. Una segunda posibilidad es restringir el concepto de político a los delitos cuyo bien jurídico protegido sea la administración pública o el orden constitucional, por ejemplo. Una tercera vía, definitivamente, la que presenta menos problemas es que el legislador defina explícitamente que delitos admiten amnistía e indulto o, al menos, que señalen explícitamente cuales no, aunque aquí el criterio político dejaría de ser considerado relevante.

Desde la perspectiva de la constitución normativa y no desde la del Estado legicentrista, todo acto debe estar en armonía con la constitución so pena de ser declarado nulo por contravenir los principios básicos sobre los que se asienta la comunidad política. Ahora bien, como las constituciones tienen una serie de principios que *a priori* gozan del mismo estatus y valor, se ha confiado a los jueces –en los modelos concentrados, a un Tribunal constitucional– la función de dirimir controversias sobre la prevalencia de esos principios aplicados a casos concretos. Por ello puede afirmarse que a nivel nacional los

---

<sup>181</sup> Según FERRAJOLI: “En las democracias constitucionales no existen ya los poderes absolutos o soberanos. El mismo principio de soberanía popular incluido en muchas constituciones no es más que un homenaje verbal al carácter democrático representativo de los poderes políticos contemporáneos”. Vid. FERRAJOLI, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”. *Isonomía*, No. 9, 1998, p. 174.

conflictos que puedan presentarse a raíz de una amnistía o un indulto son resueltos definitivamente por parte de un órgano centralizado que no utiliza como criterio primordial el principio de oportunidad política, sino que opera bajo principios y reglas de carácter jurídico.

En el ámbito internacional, en cambio, no es posible afirmar lo mismo pues existe un sistema de fuentes diverso, así como diferentes autoridades en materia de interpretación y aplicación del Derecho. Si nos referimos explícitamente a la regulación del derecho de gracia, nos encontraremos con la novedad de que solamente un tratado contiene una breve referencia a la amnistía –ni siquiera al indulto– y que sugiere que al fin del conflicto armado ha de procurarse la más amplia amnistía posible. En efecto, el artículo 6(5) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 señala:

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<sup>182</sup>.

Efectivamente, hay tratados internacionales que imponen obligaciones de investigar, procesar y sancionar ciertos delitos graves, pero aquello no implica necesariamente, estrictamente desde la lógica deóntica, que no puedan ser objeto de gracia pues si se realiza un ejercicio de analogía interna, las legislaciones locales contienen las mismas obligaciones: investigar, procesar y sancionar ciertos delitos; y, sin embargo, conviven con las instituciones de la amnistía y el indulto<sup>183</sup>. En todo caso, HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, así como AMBOS, coinciden en que la norma de referencia excluye de su ámbito de aplicación a los crímenes internacionales.

---

<sup>182</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja señaló, apoyándose en la explicación de voto de la USSR, que la norma precitada no podía interpretarse en el sentido de permitir la amnistía a criminales de guerra y criminales de lesa humanidad pues aquello resultaba incompatible con la “norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos” de haber cometido tales crímenes. Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, (Vol.1), Normas, 1ª ed., Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, pp. 691 y ss.

<sup>183</sup> En sentido contrario AMBOS: “...partiendo del concepto de la unidad del derecho internacional, se tiene que concluir en que una norma -aquí el art. 6.5 del PA II- no puede permitir aquello que las disposiciones especiales del derecho internacional-para el caso seran las normas que sirven de base al deber de penalización- prohíben. Esto es más valido aun para el caso en que se presente una contradicción dentro de un mismo ambito normativo (aquí el derecho internacional humanitario). Desde la perspectiva de una interpretación sistematica, resulta que el Art. 6.5 PA II solo autoriza una amnistía para aquellos hechos que, de acuerdo con el derecho internacional, especialmente las- Convenciones de Ginebra, no se encuentran sometidos a un deber de penalización”. Vid. AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2da edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 127.

Entonces, por un lado, tenemos un tratado que no establece una prohibición explícita a la adopción de amnistías en medio de conflictos armados; y, de otro, tenemos a la Corte IDH, al TEDH, al Comité del PIDCP de la ONU y a la CPI que derivan determinadas prohibiciones a partir de los distintos instrumentos sobre los cuales tienen competencia, en su orden, la CADH, el CEDH, el PIDCP y el ECPI. Es innegable que existe un diálogo entre los actores mencionados y que se ha gestado una suerte de derecho común en torno a la lucha contra la impunidad<sup>184</sup>. Sin embargo, se verá a continuación, tampoco se puede negar que la Corte IDH ha dado *un paso cuantitativo y cualitativo* mucho más importante respecto del resto de órganos mencionados; que existen diferencias importantes en su interpretación del alcance de la prohibición de amnistías y, que la Corte IDH no ha tomado en cuenta criterios como los expuestos arriba sobre amnistía e indulto condicionados.

### **2.3. La lucha contra la impunidad**

Aunque la doctrina de la lucha contra la impunidad es relativamente joven, sin embargo, ha alcanzado un éxito sin precedentes en el DIDDHH y en el DPI con consecuencias que vale la pena analizar detenidamente. En perspectiva histórica, podría señalarse que los antecedentes inmediatos de esta doctrina surgen en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el año 1981 donde comienzan las primeras mociones para que los Estados afronten la violencia sistemática por la situación de desapariciones forzadas en el Cono Sur.

A pesar de ello, la moción presentada por un grupo de expertos a la Comisión sobre este tema no fue acogida<sup>185</sup> y no fue hasta el año 1983, con el informe de Luis JOINET sobre

---

<sup>184</sup> En términos de VON BOGDANDY, el “*Ius Constitutionale Commune*, no obstante, su anclaje universal, muestra una serie de características específicas. La primera es la importancia de grandes injusticias, sobre todo de la violencia. Esto explica algunas innovaciones latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos”. VON BOGDANDY, Armin. “*Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual.*” *Revista Derecho del Estado*, No. 34, 2015, p.18.

<sup>185</sup> “Uno de los primeros intentos para abordar el tema de la impunidad aparece en una resolución de 1981Z1 de la Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (la Subcomisión) En su resolución la Subcomisión pedía a la Comisión de Derechos Humanos que urgiera a los Estados en los que se registraran “desapariciones” a no dictar leyes de amnistía que pudieran entorpecer las indagaciones respecto del destino de las víctimas. A pesar de la mesura y hasta de la timidez de la resolución (que no mencionaba a los responsables de tales violaciones en relación a esas amnistías), la preocupación de la Subcomisión no fue tenida en cuenta por la Comisión y tal llamamiento no fue hecho”. TAYLER, Wilder. “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas. Notas para la reflexión”. *Revista IIDH*, vol. 24, 1996, p.200.

el rol de las amnistías en la salvaguarda y protección de los DDHH, que se introduce una primera mención a la idea de que los crímenes de lesa humanidad no deben estar amparados por amnistías<sup>186</sup>.

A partir de este primer estudio se sientan las bases de la doctrina de la lucha contra la impunidad que, posteriormente, se fueron refinando y endureciendo. La versión última de los principios de lucha contra la impunidad la ha realizado Diane ORENTLICHER y ha sido acogida en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU<sup>187</sup>. Si bien la etimología de la palabra impunidad se refiere únicamente a la falta de castigo, la connotación que utiliza la ONU y la Corte IDH respecto del término es, evidentemente, negativa y pretende dar cuenta de tres tipos de impunidad. En primer lugar, la impunidad fáctica, entendida como “la ausencia de toda intervención jurídico estatal sobre los hechos”. En segundo lugar, la impunidad normativa por acción, entendida como la “limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos”; y, finalmente, impunidad normativa por omisión, entendida como aquella “provocada por la no anulación de aquellas leyes”<sup>188</sup>.

Esta doctrina se ha concretado en una serie de restricciones en materia de justicia penal, entre ellas las siguientes:

- A. Restricción de la prescripción penal.** Según el informe, “la prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa

---

<sup>186</sup> Cfr. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 38 periodo de sesiones, documento E/CN.4/Sub.2/1985/16. “*Estudio sobre las leyes de amnistía y su papel en la salvaguardia y promoción de los derechos humanos*”, presentado por Luis Joinet, reportero especial, *passim*.

<sup>187</sup> “La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”. Cfr. Resolución 60/147 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 2005, en el “*Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”, Doc. E/CN.4/2005/102, Add. 1, de 8 de febrero de 2005.

<sup>188</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del Autor”. *Derecho Penal y criminología*, Vol. 29, 2008, p. 154.

infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”<sup>189</sup>.

**B. Restricciones al derecho de asilo.** Según el informe, “en aplicación del párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1967, así como del párrafo F del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, los Estados no podrán permitir que se beneficien de esos estatutos protectores, incluido el asilo diplomático, las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para creer que son autoras de delitos graves conforme al derecho internacional”<sup>190</sup>.

**C. Restricción relativa a la extradición.** De acuerdo a lo previsto en el informe “los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán, para evitar su extradición, ampararse en las disposiciones favorables que suelen aplicarse a los delitos políticos ni al principio de no extradición de los nacionales. De todas maneras, la solicitud de extradición deberá ser rechazada, en particular por los países abolicionistas, cuando existe el peligro de que en el Estado requirente se condene a muerte a la persona afectada. También se denegará la extradición cuando haya fundamentos sustanciales para creer que el sospechoso estaría en peligro de ser objeto de graves violaciones de los derechos humanos, tales como la tortura; la desaparición forzada; o la ejecución extralegal, arbitraria o sumaria. Si se deniega la extradición por esos motivos, el Estado solicitante deberá presentar el caso a las autoridades competentes con fines de enjuiciamiento”<sup>191</sup>.

**D. Restricción a la garantía *non bis in ídem*.** De acuerdo al informe, “el hecho de que una persona haya sido procesada en relación con un delito grave con arreglo al derecho internacional no impedirá su procesamiento con respecto a la misma conducta si la actuación anterior obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o si esos procedimientos no hubieran sido realizados

---

<sup>189</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 23.

<sup>190</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 25.

<sup>191</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 26.

en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubieran sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”<sup>192</sup>.

**E. Restricciones a la obediencia debida y responsabilidad superior.** De conformidad con el informe “I. En cuanto al autor de las violaciones, el hecho de que haya actuado obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de la responsabilidad, en particular penal, pero podrá considerarse causa de reducción de la pena si ello es conforme al derecho. II. El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o castigar el delito. III. El hecho de que el autor de un delito conforme al derecho internacional desempeñe funciones oficiales, incluso si se trata de un Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo ni será causa de reducción de la pena”<sup>193</sup>.

**F. Restricción a las leyes de divulgación o de arrepentidos.** Según el informe “el hecho de que el autor revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo. La revelación sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad. Cuando debido a las revelaciones, el autor pueda ser objeto de persecución, como excepción al principio 25, podrá concedérsele asilo -y no el estatuto de refugiado- al autor de las revelaciones para contribuir a la manifestación de la verdad”<sup>194</sup>.

**G. Restricciones a la competencia de tribunales militares.** De acuerdo al informe, “la competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con

---

<sup>192</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 26.

<sup>193</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 27.

<sup>194</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 28.



exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado”<sup>195</sup>.

**H. Restricciones al principio de inamovilidad de los jueces.** Según el informe, aquel principio “deberá respetarse en el caso de los magistrados que hayan sido nombrados de conformidad con los requisitos de un estado de derecho. En cambio, los que hayan sido nombrados ilegítimamente o hayan obtenido sus facultades jurisdiccionales mediante un acto de adhesión, podrán ser destituidos en virtud de la ley, en aplicación del principio del paralelismo de las formas. Deberá proporcionárseles una oportunidad de impugnar su destitución siguiendo los procedimientos que atiendan los criterios de independencia e imparcialidad con miras a pedir su reincorporación”<sup>196</sup>.

**I. Restricciones a la amnistía.** Según el informe, “incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

D) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata.

II) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 31 a 34, y no menoscabarán en el derecho a saber.

III) Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo,

---

<sup>195</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 29.

<sup>196</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 30.

garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos.

IV) Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura<sup>197</sup>.

La gran mayoría de restricciones surgidas a partir de la doctrina de la lucha contra la impunidad no tiene, necesariamente, un fundamento en el derecho positivo salvo que se entienda por Derecho, desde la perspectiva de un realista jurídico, los pronunciamientos de organismos y tribunales internacionales. En todo caso, algunas disposiciones tienen fundamento en tratados internacionales como la imprescriptibilidad de la acción y de la pena<sup>198</sup> y la incompatibilidad del asilo. *En cambio, toda la doctrina relacionada a leyes de amnistía, leyes de arrepentidos, extradición, justicia militar, remoción de jueces y la restricción a la garantía de la cosa juzgada tiene un fundamento estrictamente jurisprudencial.* Con esta breve introducción, se pasará a explicar en detalle el alcance de la doctrina de la lucha contra la impunidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, empezando por las amnistías.

---

<sup>197</sup> Doc. E/CN.4/2005/102, principio 24.

<sup>198</sup> Art.1: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

## 2.4. Amnistías y derechos humanos

Como reconoce Eduardo FERRER MAC-GREGOR, presidente de la Corte IDH en el período 2017-2019, no existe en la CADH una prohibición explícita a que los Estados parte dicten leyes de amnistía sino que la Corte IDH ha desarrollado su argumentación en contra del uso de medidas de gracia a lo largo de su jurisprudencia<sup>199</sup>. Al respecto, cabe precisar que el origen del criterio jurisprudencial de la Corte IDH surge a partir del análisis de sendos casos relativos a violaciones de DDHH ocurridas en las décadas de los años 70, 80 y 90 en las dictaduras del Cono Sur.

En el mismo sentido, BURGORGUE-LARSEN señala que el análisis de la Corte IDH sobre las amnistías se plantea en un contexto más amplio sobre impunidad. Los Estados del Hemisferio Sur adoptaron tres medidas distintas para lograr aquel fin. En un principio, la inacción absoluta de los tribunales nacionales sobre casos relativos a violaciones de DDHH, luego la adopción de las denominadas amnistías amnésicas; y, finalmente, la expedición de leyes que establecen reglas especiales a favor de la prescripción y limitación de responsabilidad en casos relativos a graves violaciones de DDHH<sup>200</sup>. Así, en el caso *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala (1998)*, la Corte IDH desarrolló el concepto de impunidad que consiste en:

...la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares<sup>201</sup>.

En este contexto, las amnistías concedidas para casos de graves violaciones de DDHH, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones al DIH son percibidas como instrumentos de impunidad normativa por lo que son valoradas como ilegítimas ante el derecho internacional, con las consecuencias jurídicas que ello apareja.

---

<sup>199</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH aplicables a la justicia penal”, *Revista IIDH*, No.59, 2014, p.71.

<sup>200</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte IDH”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*, Madrid, 2011, p.2-3.

<sup>201</sup> Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*. Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), párr. 173.

Las amnistías son normas jurídicas de discutida legitimidad tanto en el plano teórico como práctico, pues implican dejar de aplicar una norma del ordenamiento jurídico que se estima justa y que se debería aplicar con pretensiones de generalidad. En ese sentido, Antonio LASCURAÍN ha comentado que “amnistiarse no es derogar una norma penal porque carezca ya de sentido –de valor– la punición de la conducta, sino algo más delicado y difícil de justificar” desde los principios de igualdad y proporcionalidad. Siguiendo al autor citado, amnistiar significa “silenciar temporalmente una norma en la que como sociedad seguimos creyendo”<sup>202</sup>.

En el contexto interamericano, la primera ocasión en que la Corte IDH analizó expresamente una Ley de Amnistía fue en el *caso Barrios Altos v. Perú (2001)*. Los hechos materia de análisis se remontan al 3 de noviembre de 1991, cuando un grupo de individuos armados irrumpió en el sector llamado Barrios Altos en Lima, Perú, y obligó a un grupo de personas que se encontraban reunidas en una festividad a recostarse en el suelo. Posteriormente, los individuos dispararon indiscriminadamente dejando como saldo a quince personas fallecidas y cuatro heridos graves, uno de ellos con incapacidad permanente<sup>203</sup>.

Investigaciones posteriores determinaron que los victimarios trabajaban para la inteligencia militar peruana bajo el nombre de “Grupo Colina” o “escuadrón de eliminación” que llevaba a cabo un programa subversivo contra el grupo terrorista Sendero Luminoso<sup>204</sup>. Sin embargo, antes de que pudiera llevarse a cabo investigación alguna, el Congreso Peruano dictó la Ley de Amnistía No. 26479, que exoneraba de responsabilidad a militares, policías y civiles que hubieran cometido o participado en violaciones de DDHH en el período comprendido entre los años 1980 a 1995<sup>205</sup>.

Como resalta la Corte IDH, el proyecto referente a la Ley de Amnistía “no fue anunciado públicamente ni debatido, sino que fue aprobado tan pronto como fue presentado, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La Ley fue promulgada de inmediato por el Presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995”<sup>206</sup>. De tal suerte, las

---

<sup>202</sup> LASCURAÍN, Juan Antonio. “Qué puede olvidar el legislador democrático (sobre los límites de la amnistía)”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No.5, 2013, p.231

<sup>203</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001(Fondo), párr. 2.

<sup>204</sup> Ídem.

<sup>205</sup> Ídem, párr. 2. I.

<sup>206</sup> Ídem.

credenciales democráticas de la norma son muy cuestionables, máxime si se considera que el Congreso peruano fue disuelto por el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, iniciado en abril de 1992, y que se impidió investigaciones legislativas así como judiciales<sup>207</sup>.

Posteriormente, la judicatura peruana intentó, sin éxito, investigar penalmente a los individuos involucrados en la masacre del caso Barrios Altos, quienes argumentaban que, en cualquier caso, debían ser investigados por la jurisdicción militar y no por la civil, por gozar de fuero especial al encontrarse en servicio activo. Empero, la juez de primera instancia que sustanció el caso argumentó que la Ley de Amnistía No. 26479 no era aplicable a los hechos investigados por contrariar obligaciones internacionales del Estado peruano relativas a los DDHH. Sin embargo:

El Congreso peruano aprobó una segunda ley de amnistía, la Ley N° 26492, que “estaba dirigida a interferir con las actuaciones judiciales del caso Barrios Altos”. Dicha ley declaró que la amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley N° 26479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas...<sup>208</sup>

Finalmente, para julio de 1995, la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió un recurso de apelación que revocó la decisión de la Juez de primera instancia, señalando que los jueces no pueden inaplicar el tenor literal de la ley pues aquello supondría el quebrantamiento del principio de separación de poderes; y, que la Ley de Amnistía no contrariaba ni la Ley Fundamental de la República ni tratados internacionales<sup>209</sup>.

De su parte, el Estado argumentó que el Tribunal Constitucional “...había declarado improcedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las referidas leyes, pero en forma expresa señaló la subsistencia de las acciones de reparación civil en favor de los agraviados o sus familiares”. Tras agotar los recursos internos, las víctimas denunciaron los hechos ante la CIDH, que inició con la tramitación del expediente en

---

<sup>207</sup> Ídem, párr. 2. F.

<sup>208</sup> Ídem, párr. 2. M.

<sup>209</sup> Ídem, párr. 2.N

agosto de 1995 y remitió el mismo a la Corte IDH en mayo del año 2000 ante el incumplimiento estatal de las recomendaciones de la CIDH<sup>210</sup>.

Es importante anotar que el 19 de febrero de 2001 tras la caída del gobierno de Fujimori, el Estado peruano presentó un escrito por el cual reconocía la responsabilidad internacional del Estado, solicitaba un procedimiento de solución amistosa con la víctima y reconocía que la amnistía vigente en el Perú constituía un obstáculo para abordar las injusticias cometidas en el país<sup>211</sup>. Aquí cabe hacer una anotación importante. Hasta el presente caso, la Corte IDH había mantenido el criterio de que la mera vigencia, sin aplicación a un caso concreto, de una norma jurídica contraria a la CADH no activaba la jurisdicción del alto Tribunal Interamericano. De acuerdo a la opinión consultiva OC-14/94:

En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley.

La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos<sup>212</sup>.

Sin embargo, en la sentencia de fondo del *caso Barrios Altos v. Perú (2001)*, la Corte IDH modificó su criterio jurisprudencial de manera sustancial pues en adelante considerará que la mera vigencia de una norma jurídica que vulnere la CADH consiste en una violación autónoma del artículo 2 de la convención, relativo al deber de adaptar el derecho interno a las obligaciones dimanantes del derecho internacional. En aquella ocasión la Corte IDH sentenció que:

...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>213</sup>.

En este caso, la Corte IDH se refirió expresamente a la categoría de auto amnistía, aunque no la definió explícitamente en su sentencia, pero señaló que existe una

---

<sup>210</sup> Ídem, párrs. 18-19.

<sup>211</sup> Ídem, párrs. 34-35.

<sup>212</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes contrarias a la convención”, párr. 42.

<sup>213</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001(Fondo), párr. 41.

“incompatibilidad manifiesta” de estas leyes para con la CADH ya que aquellas tienden “a la perpetuación de la impunidad” y que por tanto “carecen de efectos jurídicos” sin que pueda constituir un obstáculo para la investigación de casos futuros en el Perú<sup>214</sup>.

## 2.5. Límites procedimentales: las auto amnistías

Como se mencionó anteriormente, la Corte IDH no elaboró en la sentencia del *caso Barrios Altos v. Perú (2001)* el concepto de auto amnistía y sus diferencias sustanciales con otro tipo de medidas de gracia. Sin embargo, el juez CANÇADO TRINDADE presentó un voto concurrente que permite dilucidar el concepto en cuestión:

Esta misma Corte observó, en una Opinión Consultiva de 1986, que la palabra "leyes" en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos. ¿Quién se atrevería a insinuar que una "ley" de auto amnistía satisface a todos estos requisitos? No veo cómo negar que "leyes" de este tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. En suma, no satisfacen los requisitos de "leyes" en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>215</sup>.

En primer lugar, el voto concurrente de Cançado Trindade hace explícita la lógica que subyace a la sentencia *Barrios Altos v. Perú (2001)*, esto es, que las normas jurídicas de derecho interno no solamente carecen de validez cuando violan disposiciones del derecho internacional de los DDHH, sino que son fuente del ilícito internacional que acarrea la responsabilidad internacional del Estado por su sola vigencia. Además, en el voto concurrente explica que la infracción normativa es de carácter continuado y que la reforma del ordenamiento jurídico interno constituye una forma de reparación no pecuniaria de acuerdo a la CADH<sup>216</sup>.

En segundo lugar, el voto concurrente de CANÇADO TRINDADE hace especial énfasis en que la auto amnistía no tiene carácter general pues es una medida de excepción –aunque no desarrolla suficientemente esta idea– y que tampoco contribuye al bien común de la sociedad, siendo más bien, un disfraz para la impunidad de graves violaciones de

---

<sup>214</sup> Ídem, párr. 43.

<sup>215</sup> Ídem. Vid. Voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7

<sup>216</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001(Fondo). Vid. Voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párrs. 8-10.

DDHH, aunque no analiza el rol positivo que podrían tener las medidas de gracia en la resolución de conflictos transicionales.

Sin perjuicio de un análisis posterior, no es posible dejar de señalar que tanto en el voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, así como en la sentencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos v. Perú (2001)* se omite abordar una cuestión que es fundamental, esto es, la relevancia de las credenciales democráticas de las normas jurídicas. Como señaló CANÇADO TRINDADE en su voto concurrente, la adopción de leyes debe ceñirse al procedimiento constitucionalmente establecido y ser adoptadas por el órgano legislativo democráticamente establecido.

De los hechos del caso, resulta evidente que la amnistía en cuestión no fue adoptada democráticamente ni fue objeto de debate público lo que la transformaría en una norma expedida por un régimen de facto, que no requiere ser impugnada bajo el argumento de la *inconstitucionalidad sobrevenida* en razón de los compromisos convencionales de DDHH adquiridos posteriormente por los Estados. *Tampoco requieren ser derogadas* por el legislador democrático, conservando su vigencia para los casos anteriores a la inconstitucionalidad o derogación en su caso. En realidad, este tipo de normas pueden y deben ser declaradas *inexistentes* y en consecuencia desprovistas de cualquier efecto jurídico en el tiempo pues su permanencia en el ordenamiento jurídico contraría gravemente la legitimidad del sistema democrático y los fundamentos de existencia del Estado Democrático de Derecho que descansa sobre el consentimiento mayoritario<sup>217</sup>.

Es cierto que la sentencia de la Corte IDH en *Barrios Altos v. Perú (2001)* alcanza el mismo resultado sin explicitar el razonamiento arriba expuesto pues declara que: las “leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la CADH y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”<sup>218</sup>. Sin embargo, la Corte IDH posteriormente se encontró obligada a interpretar su fallo frente al criterio del Estado peruano de que la sentencia *Barrios Altos* aplicaba únicamente al caso concreto

---

<sup>217</sup> Esta es la tesis defendida por Carlos NINO de conexión justificativa entre la moral y el Derecho según la únicamente las normas dictadas por las autoridades legítimas (el carácter epistémico del proceso democrático otorga una legitimidad de origen a las leyes democráticas) gozan de una *presunción de legitimidad moral*. De otro lado, el contenido de las normas procedentes de autoridades no democráticas debe ser sometido a un test de corrección moral. Así, se renuncia a la tesis del positivismo ideológico para la identificación del Derecho. Al respecto, vid. NINO, Carlos. *La validez del derecho*. Vol. 6. Editorial Astrea de A. y R. Depalma, 1985, p. 99.

<sup>218</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001(Fondo), párr. 51.4.



sometido a la jurisdicción interamericana. En aquella ocasión la Corte IDH interpretó que:

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales...<sup>219</sup>

En este sentido, una mención expresa al carácter anti-democrático de las auto amnistías; y, en consecuencia, de que aquellas no eran realmente leyes sino disposiciones de un gobierno de facto, hubiera desprovisto de necesidad a un posterior fallo interpretativo. El criterio expuesto con anterioridad fue también el adoptado por el juez GARCÍA RAMÍREZ que manifestó, en su voto concurrente, que las auto amnistías son:

...expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y difieren de las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados...<sup>220</sup>

En el mismo sentido, GARCÍA RAMÍREZ hizo expresa mención a que la ley de auto amnistía objeto de análisis no podía “producir los efectos jurídicos inherentes a normas legales expedidas de manera regular y compatibles con las disposiciones internacionales y constitucionales que vinculan al Estado peruano. La incompatibilidad determina la invalidez del acto, y ésta implica que dicho acto no pueda producir efectos jurídicos”<sup>221</sup>.

Por muchos aspectos, la sentencia *Barrios Altos v. Perú (2001)* constituyó un hito en el derecho internacional, pues fue la primera vez que un tribunal internacional ejercía funciones de un tribunal constitucional. De igual manera, este caso es especial por el voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ que adopta un criterio más cauto sobre las amnistías reconociendo su virtual utilidad en contextos de transición.

Posteriormente, en el caso *Mirna Mack Chang v. Guatemala (2003)*, la Corte IDH amplió el concepto de impunidad de iure a impunidad de facto, indicando que la

---

<sup>219</sup>Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo), sección VII. 2.

<sup>220</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001(Fondo). Vid. Voto concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 10.

<sup>221</sup> Ídem, párr. 15.

obligación de investigar y sancionar a los autores de graves violaciones de DDHH no implicaba para el Estado únicamente abstenerse de dictar normas jurídicas que eliminen la responsabilidad penal de autores de graves violaciones de DDHH, sino también “otorgar las garantías de seguridad suficientes a las autoridades judiciales, fiscales, testigos, operadores de justicia y...utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso”<sup>222</sup>.

La Corte IDH continuó conociendo los casos *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala* (2004); la *Comunidad Moiwana v. Surinam* (2005); *La Cantuta v. Perú* (2006), sin mayores cambios en su criterio jurisprudencial en lo relativo a la valoración de las amnistías. De otro lado, en el caso *Almonacid Arellano v. Chile* (2006), la Corte IDH indicó que su jurisprudencia sobre la materia era de aplicación para toda persona en ejercicio del poder público, incluyendo jueces y tribunales locales, en virtud del principio de responsabilidad unitaria del Estado. En palabras del tribunal:

Todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...<sup>223</sup>

En criterio de BURGORGUE-LARSEN, este falló significó la posición más alta de la Corte IDH en relación a leyes de amnistía pues sentó el inicio del denominado control de convencionalidad (difuso) por el cual los jueces nacionales están autorizados, en razón de la CADH, a inaplicar normas jurídicas del ordenamiento jurídico interno que resulten contrarias al derecho internacional de los DDHH<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 277.

<sup>223</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

<sup>224</sup>BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, p.260.

Ahora bien, la decisión del caso *Almonacid Arellano v. Chile* (2006) ha sido criticada por un sector minoritario de la doctrina que sostiene que, haciendo uso de argumentaciones discutibles, el tribunal interamericano ha decidido expandir ilegítimamente su propia competencia a hechos anteriores a la entrada en vigencia de la CADH a casos donde no se puede aplicar el concepto de delito permanente –que aplica paradigmáticamente para la desaparición forzada–. En contraposición, la doctrina dominante entiende que se trataría de una violación independiente a la CADH, específicamente, la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva. Según Ezequiel MALARINO:

En este caso, la Corte sostuvo que era competente para conocer sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la omisión de perseguir penalmente a los autores de un homicidio ocurrido en 1973 fundada en la aplicación de una ley de amnistía de 1978, a pesar de que ese Estado ratificó la CADH en 1990. La Corte consideró que tenía competencia para conocer si la omisión de anulación de la ley de amnistía y la falta de persecución de los autores a partir de 1990 violaba la Convención. Con este artificio, la Corte pudo decidir sobre un hecho y una ley anteriores a la ratificación de la Convención por dicho país. Esta interpretación amplísima de las reglas de la competencia temporal permitiría a la Corte decidir casos ocurridos hace cientos de años invocando tan solo que la omisión de reparación perdura hasta nuestros días. Una interpretación de este tipo, en verdad, anula la prohibición de aplicación retroactiva de la Convención<sup>225</sup>.

## 2.6. Las amnistías negociadas y generales

La Corte IDH ha tenido la oportunidad de analizar amnistías que fueron adoptadas dentro de un *régimen democrático* posterior a las dictaduras de la época como demuestran los casos *Gomes Lund v. Brasil* (2010) y *Gelman v. Uruguay* (2011). El primer caso se refiere a la desaparición forzada de 60 miembros de la guerrilla durante la dictadura militar en Brasil entre los años 1964 y 1985. En ese contexto, se aprobó en Brasil la Ley 6.683/79 por la cual se concedía amnistía general e irrestricta a todas las personas que hubieran cometido crímenes políticos o con “motivación política” entre septiembre de 1961 y agosto de 1979. La referida ley excluye de la amnistía a los delitos de “terrorismo, asalto, secuestro y atentado personal”<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ELSNER, Gisela (ed). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 29, nota al pie de página #10.

<sup>226</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 134.

Con respecto de la ley de amnistía, los representantes de las víctimas y la CIDH alegaron que:

...la interpretación que se ha dado en el ámbito interno es la que considera como “crímenes conexos” a todos aquellos cometidos por los agentes del Estado, inclusive las graves violaciones a derechos humanos. Dicha interpretación constituye el mayor obstáculo para la garantía del derecho al acceso a la justicia y del derecho a la verdad de los familiares de los desaparecidos, lo cual ha creado una situación de total impunidad. Esa interpretación ha sido refrendada recientemente por el Supremo Tribunal Federal, lo cual hace mayor el obstáculo que la Ley representa para la investigación de los hechos por los efectos vinculantes y eficacia erga omnes de esa decisión.....La Ley de Amnistía no fue el resultado de un proceso de negociación equilibrada, ya que su contenido no contempló las posiciones y necesidades reivindicadas por sus destinatarios y sus familiares. De tal modo, atribuir el consentimiento de la amnistía para los agentes represores al lema de la campaña y a los familiares de los desaparecidos es deformar la historia<sup>227</sup>.

Entonces, si bien la ley de amnistía brasileña no perdonaba explícitamente crímenes de lesa humanidad cometidos con anuencia del Estado, se interpretaba la norma como una amnistía en blanco, lo que significaba que la medida de gracia no tenía ningún límite jurídico-material. Hay un elemento que merece destacarse: el argumento de que la amnistía no fue el resultado de una negociación equilibrada entre los agentes de Estado y los familiares de las víctimas (coacción como vicio del consentimiento), siendo prueba de ello la ausencia de todo elemento de verdad, justicia o reparación en favor de las víctimas.

Es muy importante destacar el rol de la justicia constitucional en la transición. En el caso brasileño, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal rechazó, el 29 de abril de 2010, una acción de incumplimiento de precepto fundamental interpuesta por la Orden de Abogados de Brasil en contra de la ley de amnistía. En esta decisión el Supremo Tribunal Federal sostuvo que la ley debía interpretarse teniendo en consideración el contexto histórico en el que se adoptó y no el contexto actual; que la ley de amnistía fue indispensable para el tránsito a la democracia, al punto que “constituye el origen de la nueva norma fundamental y, por lo tanto, su adecuación a la Constitución de 1988 resulta incuestionable”<sup>228</sup>.

Con este antecedente, el Estado solicitó a la Corte IDH que tuviera en consideración que la amnistía consistía una alternativa a la persecución penal que tenía como objeto

---

<sup>227</sup> Ídem, párr. 128.

<sup>228</sup> Ídem, párr. 136.

alcanzar “la reconciliación nacional” y que aquella no era una auto-amnistía sino un “acuerdo político” antecedida por un debate en la sociedad<sup>229</sup>. Además, el Estado alegó expresamente el *principio de proporcionalidad* para justificar la legitimidad de la amnistía concedida:

...todos los derechos humanos deben ser igualmente garantizados y, por ello, se debe buscar armonía entre los principios y derechos establecidos en la Convención Americana con auxilio del principio de proporcionalidad. En el caso se presenta una aparente colisión entre el principio de garantía de no repetición, del que se desprende la obligación del Estado de promover la persecución penal de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad, y el principio de legalidad. Consideró que la mejor opción para salvaguardar ambos principios en colisión es el pleno respeto del artículo 9 y el respeto satisfactorio del artículo 1, ambos de la Convención Americana. En consecuencia, la Corte debe considerar que las medidas ya adoptadas por el Estado son suficientes, pues la opción contraria implicaría el completo desconocimiento del principio de legalidad<sup>230</sup>.

Ciertamente, en el caso de análisis, la Corte IDH desarrolló su jurisprudencia de manera distinta a casos anteriormente examinados y respondió expresamente al argumento estatal relativo al *principio de proporcionalidad* destacando que si bien Brasil había adoptado garantías de no repetición y medidas de reparación, había sacrificado, de forma “intensa”, el derecho a la protección judicial de las víctimas. De acuerdo al tribunal interamericano:

En relación a la aplicación del principio de ponderación planteada por el Estado, entre las diversas medidas adoptadas como garantía de no repetición a efectos de cumplir con el artículo 1.1 de la Convención Americana y el principio de legalidad previsto en el artículo 9 del mismo tratado (supra párr. 132), el Tribunal valora positivamente las numerosas medidas de reparación y no repetición adoptadas por Brasil, las cuales serán abordadas en el capítulo correspondiente a las reparaciones de la presente Sentencia. Si bien dichas medidas son importantes, no resultan suficientes en tanto han omitido el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas. En este sentido, el Tribunal observa que en su aplicación del principio de ponderación el Estado ha omitido toda mención a los derechos de las víctimas derivados de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En efecto, dicha ponderación se hace entre las obligaciones de respetar y garantizar del Estado y el principio de legalidad, pero no se incluyen en el análisis los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas y sus familiares, los cuales han sido sacrificados de la manera más intensa en el presente caso<sup>231</sup>.

Este caso es relevante en la medida de que, al menos teóricamente, la Corte IDH no niega la posibilidad de ponderar –y por ende limitar– el “derecho a la justicia de las

---

<sup>229</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 130.

<sup>230</sup> Ídem, párr. 132.

<sup>231</sup> Ídem, párr. 178.

víctimas” para lograr fines legítimos. Además, este caso es interesante porque se refiere a una transición de dictadura a democracia y no a una transición de conflicto armado hacia la paz. Lo dicho, porque a partir del estudio detallado de la jurisprudencia de la Corte IDH se puede constatar que aquella no tiene reservas al anular leyes de amnistía adoptadas en regímenes dictatoriales o por el régimen democrático inmediatamente posterior (en el presente caso se anula en el año 2010 una amnistía de 1979).

En cambio, como se verá más adelante el tribunal interamericano tiene mayor cautela cuando las medidas que inciden en el “derecho a la justicia” de las víctimas son adoptadas en sociedades con un conflicto armado vigente. Entonces, llama la atención que, a pesar de haber anulado la ley de amnistía brasileña, la Corte IDH haya realizado el análisis del argumento de ponderación en un caso de transición dictadura-democracia, en la que no existirían mayores impedimentos de hecho para reanudar las persecuciones penales.

Otra cuestión que merece destacarse es que la Corte IDH no anula la Ley de amnistía brasileña por su tenor literal –es decir, no existía una *inconveniencia expresa*– sino que la anula en razón de que la *interpretación y aplicación* de aquella ley en el Estado brasileño resulta contraria a la de la Corte IDH –res interpretata<sup>232</sup>, señalando finalmente, que el Supremo Tribunal Federal incumplió con realizar debidamente el control de convencionalidad de la norma y que el Estado había incurrido en una violación del artículo 2 de la CADH al no adecuar su derecho interno<sup>233</sup>.

El segundo caso de amnistía general conocido por la Corte IDH que merece un análisis especial es el conocido *Gelman v. Uruguay (2011)*. Varios intelectuales, entre ellos Roberto GARGARELLA, han llamado la atención sobre los interesantes problemas

---

<sup>232</sup> “...el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional”. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 177.

<sup>233</sup> “Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana”. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 172.

jurídicos que presenta el caso en cuestión. A manera de introducción, los hechos que configuran el presente caso se dieron en la dictadura militar que gobernó en Uruguay de 1973 a 1985 en aplicación de la llamada doctrina de la seguridad nacional y de la operación Cóndor<sup>234</sup>. Como es de conocimiento público, dicho período se caracterizó por la práctica sistemática de injusticias como detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas.

Fue en este contexto en el que se produjo la detención arbitraria de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff en Buenos Aires, Argentina, el día 24 de agosto de 1976 por parte de militares argentinos y uruguayos. Al momento de la detención, María Claudia García se encontraba embarazada en un período avanzado de alrededor de siete meses.

Posteriormente, la familia Gelman-García fue separada ya que en octubre del mismo año María Claudia García fue trasladada ilegalmente a Montevideo, Uruguay. Ahí dio a luz a una niña que le fuera arrebatada y entregada a la familia de un policía uruguayo. Luego de los trágicos hechos, nunca más se conoció del paradero de los esposos Gelman-García<sup>235</sup>. El abuelo de la niña, Juan Gelman, logró eventualmente dar con el paradero de su nieta en marzo del año 2000, esto es, 24 años después de los trágicos hechos, y quien al conocer la verdad sobre su familia biológica inició las acciones legales pertinentes para recuperar su identidad.

Esa es la historia de María Macarena Gelman García, quién junto a su abuelo inició una acción ante el SIDH por la desaparición forzada de sus padres y otras violaciones de DDHH conexas. Como es conocido, los sistemas de protección de DDHH tienen

---

<sup>234</sup> En palabras de la Corte IDH: “la Operación Cóndor fue el nombre clave que se dio a la alianza entre las fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur durante la década de los setenta del siglo XX, en su lucha y represión contra personas designadas como “elementos subversivos”. El plan Cóndor operaba en tres grandes áreas: en las actividades de vigilancia política de disidentes exiliados o refugiados; en la operación de acciones encubiertas o clandestinas de contrainsurgencia; y en acciones conjuntas de exterminio dirigidas a grupos o individuos específicos, para lo cual se conformaban equipos especiales de asesinos que operaban dentro y fuera de las fronteras de sus países. Esa coordinación transnacional fue muy organizada, con entrenamientos constantes, sistemas de comunicación avanzados, centros de inteligencia y planificación estratégica, así como con un sistema paralelo de prisiones clandestinas y centros de tortura, con el propósito de recibir a los prisioneros extranjeros detenidos”. Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*. Resumen oficial de la sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221.

<sup>235</sup> Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221, párrs. 79-90.

carácter subsidiario, por lo que uno de los requisitos para accionar el sistema es el agotamiento de los recursos internos, siempre que existan y sean eficaces<sup>236</sup>.

Sin embargo, el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848) que concedió una amnistía “respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”. Fue principalmente esta ley –adoptada ya por un parlamento democrático– la que impidió que las acciones legales propuestas por Juan Gelman prosperaran en sede local<sup>237</sup>.

Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay sostuvo la constitucionalidad de la Ley<sup>238</sup>. De igual forma, la Ley de Caducidad contó, en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009)<sup>239</sup>.

En su sentencia, la Corte IDH destacó la jurisprudencia que había desarrollado hasta el momento, esto es, que la incompatibilidad de las amnistías con la CADH no se limita a las auto-amnistías sino a cualquier medida que pretenda dejar en impunidad graves violaciones al derecho internacional. En el mismo sentido, el alto tribunal interamericano señaló que la contrariedad con la CADH no derivaba de una cuestión formal, como el origen de la norma, sino de una cuestión material al violar el derecho a la protección judicial (artículo 25 CADH) y las garantías judiciales (art. 8 CADH)<sup>240</sup>.

De cualquier modo, lo interesante es el argumento de la Corte IDH para enfrentarse a lo que cierta corriente de opinión ha denominado la impunidad aprobada por mayoría:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede,

---

<sup>236</sup> Ídem, párrs. 106-116.

<sup>237</sup> Ídem, párrs. 145-150.

<sup>238</sup> Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay declaró, en dos fallos de 2009 y 2010, la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Caducidad, y resolvió que son inaplicables a los casos concretos que habían generado la acción.

<sup>239</sup> Ídem.

<sup>240</sup> Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221, párr. 229 y siguientes.



automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél<sup>241</sup>.

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial<sup>242</sup>.

Como se indicó antes, el caso *Gelman v. Uruguay (2011)* ha llamado poderosamente la atención de juristas y pensadores de filosofía política puesto que la Corte IDH anuló una amnistía adoptada por un parlamento democrático en 1986 y posteriormente refrendada popularmente en dos ocasiones, en 1989 y 2009, con 20 años de diferencia entre los ejercicios de democracia directa.

En su caso, Roberto GARGARELLA llama la atención sobre las siguientes cuestiones: a) la gradación democrática de las distintas amnistías en el Cono Sur latino americano; b) el problema del desacuerdo en relación a los derechos fundamentales; y, c) el castigo y la diversidad del reproche estatal<sup>243</sup>. En resumen, GARGARELLA crítica que la Corte IDH no valore de diferenciadamente las auto-amnistías de las amnistías democráticas, señalando que deberían existir diferentes grados de deferencia o cautela en el análisis de las diferentes medidas en razón de su forma de aprobación<sup>244</sup>.

En segundo lugar, GARGARELLA crítica los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación derivadas de la interpretación de la Corte IDH del artículo 1.1 de la CADH, señalando que las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar no se derivan de una

---

<sup>241</sup> Ídem, párr. 238.

<sup>242</sup> *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221, párr. 239.

<sup>243</sup> GARGARELLA, Roberto. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Yale Law School, 2012, p.2.

<sup>244</sup> Ídem, pp.3-9.

interpretación literal de la CADH. Partiendo de esa premisa, GARGARELLA señala que existen diversos mecanismos para lograr los mismos fines, como los juicios de la verdad y reparaciones simbólicas.

En tercer lugar, GARGARELLA crítica que la Corte IDH no realice la distinción entre distintas formas de *reproche* y *castigo* y la sugerencia de que la pena de prisión no puede instrumentarse como mecanismo de reparación a las víctimas. Para estos efectos, el autor señala que la prisión no tiene efectos reconciliadores y que las penas alternativas podrían tener resultados más beneficiosos para las víctimas, por ejemplo, reconstruir de mejor manera la verdad sin las formalidades del juicio penal. En general, la idea defendida por Roberto GARGARELLA es que cada sociedad tiene formas diferentes, pero igualmente razonables para afrontar un pasado de crímenes masivos.

Parece que GARGARELLA lleva razón cuando critica que la Corte IDH debería valorar de forma diferenciada las amnistías democráticas de las auto-amnistías. Las últimas no merecen mayor reflexión pues son absolutamente ilegítimas, de otro lado, las amnistías democráticas merecerían una valoración más cauta y de una evaluación caso por caso. Sin embargo, esto implica revocar expresamente el pronunciamiento de *Gelman v. Uruguay (2011)* en el sentido de que los derechos fundamentales constituyen límites absolutos a las decisiones democráticas y admitir, en cambio, que aquellos derechos de la víctima “a la justicia” pueden ser legítimamente limitados o, en la posición más extrema, admitir que la víctima no tiene un derecho subjetivo al castigo del autor del crimen.

Pero la reflexión anterior no debe ni puede entenderse como un cheque en blanco al *populismo ontológico* tan criticado por Carlos NINO, es decir, *no se debe asumir sin cuestionamientos que una decisión es correcta por haber sido adoptada democráticamente, especialmente, cuando existen razones justificadas para no confiar plenamente en la calidad del proceso democrático. Si bien es un factor relevante, no es un elemento de juicio definitivo.* Si esto es así, el límite a las decisiones democráticas debe ser la proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales de las personas y para hacer efectivo este límite se requiere necesariamente de su garantía jurisdiccional, nacional o internacional, pues los Estados han autorizado el control de convencionalidad precisamente partiendo de la premisa de que sus normas jurídicas son adoptadas de forma democrática.

En relación al segundo problema planteado por GARGARELLA, es cierto que la CADH no menciona explícitamente el deber de investigar, enjuiciar y sancionar crímenes masivos. Sin embargo, este argumento no resulta particularmente persuasivo ya que esas obligaciones internacionales se derivan de una serie de instrumentos regionales que prohíben la tortura, la desaparición forzada y de instrumentos internacionales como el ECPI, del que la inmensa mayoría de Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH forman parte. En relación a la CADH, el deber de persecución penal ha sido derivado, por parte de la Corte IDH inclusive a partir de la noción de *ius cogens*<sup>245</sup>:

[...] los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos — constituyendo ambos crímenes contra la humanidad— lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores<sup>246</sup>.

Difícilmente un deber positivo podría considerarse absoluto. En efecto, pocos discutirían que la norma que criminaliza el genocidio y los crímenes de guerra integra el *ius cogens* y que todos los Estados tienen una obligación negativa de no incurrir en aquellas conductas. En cambio, será mucho más discutible sostener que una obligación positiva tiene este carácter, especialmente, cuando podría reñir con otras normas de la misma jerarquía como la paz.

Cuestión distinta es si el deber del Estado que en principio debería cumplirse en la mayor medida de lo posible podría eventualmente limitarse sin ser derogado, por ejemplo, limitando el procesamiento de graves violaciones de los DDHH a los máximos

---

<sup>245</sup> “...una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Cfr. Artículo 53, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Como es ampliamente conocido, no existe un catálogo de normas de *ius cogens* y la inclusión de determinadas normas en esta categoría es muy discutida.

<sup>246</sup> Corte IDH. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

responsables. Aunque esta alternativa es recurrente en la literatura, existen posiciones contradictorias al respecto y algunos motivos para dudar de aquella. Por ejemplo, la Sala de Apelaciones de la CPI ha señalado que:

El Preámbulo del Estatuto de Roma menciona ‘delitos más graves’, pero no ‘autores más responsables’...si [l]os redactores del Estatuto hubieran tenido la intención de limitar su aplicación solo a los más altos dirigentes sospechosos de ser más responsables, podrían haberlo hecho expresamente<sup>247</sup>.

La tercera cuestión que plantea GARGARELLA es la que merece mayor análisis. Más allá de las exigencias del derecho internacional, ¿por qué castigar penalmente los crímenes masivos? Una primera intuición es que el derecho penal actúa en estos casos de forma simbólica pues como destaca VAN ZYL, la importancia radica en la restauración de la confianza cívica. En sus palabras:

...la importancia de los juicios de Núremberg o del enjuiciamiento de Slobodan Milosevic no debe disminuirse exclusivamente sobre la base de que representan apenas una pequeña fracción del número total de individuos penalmente responsables. Los juicios no deben verse solamente como expresiones de un deseo social de retribución, sino que desempeñan una función expresiva vital cuando reafirman públicamente normas y valores esenciales cuya violación implica sanciones<sup>248</sup>.

En todo caso, la Corte IDH actuó tanto en el caso *Gomes Lund v. Brasil (2010)* y en *Gelman v. Uruguay (2011)* bajo la lógica de que la amnistía, aun democráticamente adoptada, no puede desconocer absolutamente los derechos de las víctimas. En ese sentido, si bien no se comparte la fundamentación jurídica del tribunal interamericano en el sentido de que se tratan de derechos absolutos no limitables, la decisión de anular aquellas leyes es plenamente comprensible toda vez que ninguna de ellas contemplaba explícitamente ningún mecanismo de verdad, de justicia o de reparación para la satisfacción de intereses sociales relevantes con lo cual el principio de proporcionalidad habría sido claramente infringido<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> CPI, Sala de Apelaciones, Situación en la República Democrática del Congo, Bajo el Sello Ex parte, Solo fiscal, Sentencia sobre la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “*Decisión sobre la Solicitud del Fiscal de Órdenes de Detención, artículo 58*”, No. ICC-01/04, julio de 2006, párr. 79.

<sup>248</sup> VAN ZYL, Paul. “promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”, en Reátegui, Félix (ed.), en *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Nueva York, 2011, p. 50.

<sup>249</sup> Como sugiere el análisis de CHEHTMAN: “[e]n consecuencia, si concedemos que estos crímenes internacionales están dentro de la jurisdicción de la comunidad internacional, la primacía del Uruguay sobre si deben ser enjuiciados no puede ser absoluta. Esta afirmación, a su vez, nos lleva a un modelo más cosmopolita acerca de cuándo debemos considerar válida una amnistía como la Ley de Caducidad. Esto

## 2.7. Límites materiales en la jurisprudencia interamericana

Como se sigue de la sentencia *Barrios Altos v. Perú (2001)*, las amnistías están prohibidas en casos de graves violaciones de DDHH, que pueden o no tener la categoría de crímenes internacionales de conformidad con el ECPI, lo que implica que las medidas de gracia estén proscritas en todos los delitos considerados graves. En palabras de SILVA SÁNCHEZ esto comporta un *elemento permanente* del régimen de la lucha contra la impunidad:

Cuando se rechazan las leyes de amnistía con los argumentos de que constituyen una legislación “ad hoc”, así como que implican una “perpetuación de la impunidad”, se está, por un lado, realizando, afirmaciones válidas para toda amnistía y, por otro lado, incurriendo en una tautología. Cuando se afirma que las leyes de amnistía o análogas conducen a la “indefensión de las víctimas y sus familiares”, que se verían privadas de su derecho a obtener justicia mediante recursos efectivos, se vuelve a utilizar un argumento que resulta perfectamente generalizable y que, por lo tanto, valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave. Expresado de otro modo, con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, la inindultabilidad y la inamnestiabilidad al menos de los delitos violentos graves<sup>250</sup>.

De acuerdo al profesor alemán Kai AMBOS, el artículo 7 del ECPI establece cuatro requisitos para que una infracción penal pueda considerarse a su vez como un crimen de lesa humanidad: 1. El carácter sistemático del crimen; 2. Que sea dirigido contra la población civil (lo que excluye objetivos militares); 3. Un requisito relativo al conocimiento del autor sobre la existencia del ataque y su participación en aquel; y, 4. El contexto en el que se comete el crimen<sup>251</sup>.

En este sentido, los delitos que no son cometidos como parte de una política deliberada no constituyen crímenes de lesa humanidad – este elemento no excluye el cometimiento de crímenes de lesa humanidad por parte de terceros ajenos al Estado, siempre que

---

es, cuando el Estado que la dicta pueda dar razones que deban ser razonablemente aceptadas, o al menos no puedan ser razonablemente rechazadas por el resto de la comunidad internacional. Pero esto debilita seriamente la posición del Uruguay, en la medida en que no se advierten a primera vista razones de peso que puedan esgrimirse frente a la necesidad de hacer cumplir normas de una importancia capital, como la prohibición de los crímenes de lesa humanidad”. Vid. CHEHTMAN, Alejandro. “Amnistías, democracia y castigo en Castigar al prójimo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 16, No.1, 2018, p. 162.

<sup>250</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del Autor". *Derecho Penal y criminología*, Vol. 29, 2008, p. 162

<sup>251</sup> AMBOS, Kai. "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", en *Revista General de Derecho Penal IUSTEL*, No.17, 2012, p.101.

tengan una estructura organizada y ejerzan poder— sin que, por otro lado, la cantidad de infracciones individuales sea el factor determinante. Para ejemplificarlo, AMBOS expone el caso del asesino serial:

Esta prueba se propone garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir un [crimen de lesa humanidad]. Mientras que el término “generalizado” implica, en un sentido más bien cuantitativo, que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas, “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica...<sup>252</sup>.

...el elemento de la política es indispensable y su ausencia no puede ser compensada, por ejemplo, con un número particularmente elevado de actos y/o víctimas. En otras palabras, la mera cantidad no convierte una serie de actos en [crimen de lesa humanidad], de lo contrario, un asesino en serie se calificaría como criminal de lesa humanidad por el mero hecho de que actuó a gran escala. De esta manera, en cambio, el elemento decisivo es el de que respondan a una política de actuación: solo su existencia convierte múltiples actos en [crimen de lesa humanidad]. Esto también es confirmado por el concepto de [crimen de lesa humanidad] que define el mismo como un crimen eminentemente político, como se defendió antes<sup>253</sup>.

Más allá de la problemática sobre la amnistía, la doctrina de la lucha contra la impunidad parece haber expandido sus efectos a un ámbito material mucho más amplio que el de los crímenes internacionales. Ello es preocupante desde la perspectiva del Estado de Derecho que supone el respeto por parte del aparataje estatal del principio de legalidad y de las garantías al procesado, lo que ciertamente ha sido puesto en jaque pues resulta complejo determinar qué tipos penales de derecho interno constituyen una “grave violación de derechos humanos” y cuáles no. Como destacan GÓMEZ VELÁSQUEZ y CORREA-SAAVEDRA:

...se suscitan profundas discusiones alrededor de las fuentes normativas de las cuales emerge el deber de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, y respecto del conjunto de conductas que él reprime, esto es, si tal deber solo recae sobre los llamados crímenes internacionales que regula el Estatuto de Roma o si se extiende a otras conductas susceptibles de ser catalogadas como graves violaciones de derechos humanos; por ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada cuando no ocurren de forma masiva y/o sistemática<sup>254</sup>.

Tratando de resolver la interrogante planteada *supra*, resulta pertinente citar la polémica decisión de la Corte IDH en el caso *Bulacio v. Argentina (2003)*. Los hechos del

---

<sup>252</sup> Ídem, pp. 103-105.

<sup>253</sup> Ídem.

<sup>254</sup> GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro y CORREA-SAAVEDRA, Julián. “¿sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (No. 26), 2015, p. 202.

presente caso iniciaron el 19 de abril de 1991, cuando la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva de más de ochenta personas en la ciudad de Buenos Aires. Entre los detenidos se encontraba Walter Bulacio, de 17 años de edad. Tras su detención, fue trasladado a una comisaría donde fue golpeado en varias ocasiones por agentes policiales.

Posteriormente fue liberado y fue ingresado a un hospital. Producto de las lesiones, Bulacio falleció el 26 de abril de 1991. Lo curioso es que la detención se produjo porque supuestamente el joven Bulacio se habría colado sin pagar a un concierto de música, es decir, se trata de un crimen censurable, pero que carece del elemento sistemático –en el sentido de político– para ser calificado como un crimen de lesa humanidad. Se debe convenir en que lo contrario sería equiparar automáticamente cualquier delito grave cometido por un funcionario público a un crimen de lesa humanidad. A pesar de lo comentado, la Corte IDH consideró que:

La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia<sup>255</sup>.

En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos<sup>256</sup>.

De otro lado, la sentencia de la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano v. Chile (2006)* es de especial relevancia ya que se realizan consideraciones sobre la prohibición de amnistías, ya no solamente en razón de sus credenciales democráticas, sino también por motivos sustanciales<sup>257</sup>. En esta ocasión la Corte IDH señaló que “los crímenes de

---

<sup>255</sup> Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 111.

<sup>256</sup> Ídem, párr. 116.

<sup>257</sup> “Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una auto amnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*,

lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”. Lo curioso es que lo hizo en base a unos hechos ocurridos en 1973 –esto es, varias décadas antes de la entrada en vigencia del ECPI – utilizando como fuente de derecho a la costumbre internacional para abolir una amnistía declarando que los actos que perdonaba constituían un crimen de lesa humanidad<sup>258</sup>.

Para alcanzar esta conclusión el tribunal interamericano construyó su argumentación en base a diversos precedentes provenientes de tribunales penales internacionales, señalando que los crímenes de lesa humanidad sobrepasan “los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo” recalcando el “concepto de humanidad como víctima”<sup>259</sup>. La Corte IDH realiza una construcción histórica en base a diversos instrumentos de derecho internacional, entre estos, las resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973 de la Asamblea General de la ONU. En la segunda resolución citada se estableció que:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas [...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

De igual manera, la sentencia de la Corte IDH destaca que el Consejo de Seguridad ONU estableció en sus resoluciones 827 y 955 que los Estados miembros de la ONU tienen el deber de cooperar plenamente con los Tribunales internacionales encargados – como el TICAY y el TICTR– de la investigación y sanción de personas que hayan cometido infracciones graves al derecho internacional, lo que incluye a los crímenes de lesa humanidad. En base a estos instrumentos, la Corte IDH determinó que los Estados

---

Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 120.

<sup>258</sup> “...la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad”. Cfr. Ídem, párr. 96.

<sup>259</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 105.



tienen una obligación de investigar rigurosamente y sancionar estos actos con fines de prevención general y aseguramiento de la paz internacional<sup>260</sup>.

Finalmente, la Corte IDH aludió al criterio del Secretario General ONU en el que manifiesta que la posición de la organización es no participar ni reconocer acuerdos de paz que prometan amnistía para crímenes de lesa humanidad; y, que la existencia de amnistías locales no impedía el procesamiento de los autores de crímenes de lesa humanidad ante tribunales constituidos con el auspicio de la ONU.

Tras estas consideraciones, la Corte IDH concluyó que las leyes de amnistía en casos de crímenes de lesa humanidad impiden a los Estados cumplir con un conjunto de obligaciones internacionales<sup>261</sup>. Asimismo, la Corte IDH precisó que los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por ser actos inhumanos cometidos en el contexto de un ataque generalizado o sistemático a la población civil; y, que la responsabilidad penal tiene lugar en estos casos sin que sea necesaria la comisión de numerosas infracciones. Para el caso concreto, la Corte IDH hizo una *evaluación del contexto* para determinar si el asesinato del señor *Almonacid Arellano v. Chile (2006)* constituía un crimen de lesa humanidad:

...desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional...De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época<sup>262</sup>.

En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado

---

<sup>260</sup> Ídem, párrs. 107-109.

<sup>261</sup> “Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que 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. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 114.

<sup>262</sup> Ídem, párr. 104.

como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad<sup>263</sup>.

La Corte IDH, para motivar su decisión –que resulta preocupante en tanto la Corte IDH asume el rol de un tribunal penal al calificar los hechos como crímenes internacionales, lo que a su vez afecta la calificación jurídica de los hechos a nivel interno y, por tanto, agrava la situación del procesado<sup>264</sup>– señaló que las obligaciones internacionales de los Estados se encontraban implícitas en el artículo 1.1 de la CADH y que exigen a estos respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

Al respecto, la Corte IDH señaló que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la CADH y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los DDHH.

Sin embargo, el uso del DPI por parte de la Corte IDH ha sido fuertemente criticado. Si bien este tribunal se ha apoyado en conceptos como la conciencia jurídica universal para realizar este tipo de evaluación de contexto, lo cierto es que parece cuestionable que el tribunal extralimite sus competencias objetivas consistente en responsabilizar a los Estados<sup>265</sup> y, en ejercicio de un activismo judicial expansivo, produzca efectos concretos e individuales que afectan a una persona inmersa en un proceso penal. Sobre este asunto, DONDE MATUTE ha ejemplificado la cuestión con algo tan básico como el estándar de prueba en materia de presunción de inocencia:

---

<sup>263</sup> Ídem, párr. 105.

<sup>264</sup> A pesar de que la Corte IDH haya afirmado que: “...la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables por sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”. Vid. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 134.

<sup>265</sup> El artículo 33 del Pacto de San José limita las competencias del tribunal interamericano a la jurisdicción sobre aquel instrumento particular. En efecto, señala que: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención: A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [...] y B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.” De otra parte, el artículo 63 del mismo instrumento señala limita los efectos de las decisiones de la Corte: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Ante un tribunal penal, la comisión de un [crimen de lesa humanidad] debe comprobarse más allá de la duda razonable. Sin embargo, ante los tribunales de derechos humanos, como la Corte IDH, la comprobación no es tan estricta. Esta afirmación es trascendente, pues la declaración de que un Estado violó derechos humanos es más fácil de comprobar, ya que la exigencia probatoria es menor que el hecho de que una persona cometió [un crimen de lesa humanidad]. Inclusive, lo anterior puede llevar a resoluciones contradictorias entre lo señalado por tribunales internacionales, sean penales o de derechos humanos. Esta situación hace preferible distinguir con claridad entre las competencias de ambos<sup>266</sup>.

De acuerdo a GARCÍA-SAYÁN y GIRALDO, los crímenes de guerra son graves violaciones de las normas consuetudinarias o convencionales que pertenecen al corpus del DIH de los conflictos armados. Para ser considerados como tales resulta necesario que exista un *vínculo* entre la infracción y el conflicto armado, esto es, que sea cometida en desarrollo y con ocasión del mismo. En la misma línea, Gustavo COTE BARCO y Diego TARAPUÉS han señalado que:

Los crímenes de guerra son por definición conductas ligadas a una situación de guerra entre Estados, entre un Estado y grupos armados o entre varios grupos armados; esto no quiere decir que deba existir un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, un solo hecho puede ser sancionado internacionalmente como crimen de guerra si la existencia del conflicto armado explica el que este haya sido perpetrado<sup>267</sup>.

Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), ha señalado que aquel vínculo se verifica cuando la infracción haya tenido un papel importante en la capacidad del perpetrador para cometer el delito, su decisión de cometerlo, la manera en que se cometió, o la finalidad para la cual lo cometió<sup>268</sup>.

En el caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala (2000)*, la Corte IDH se refirió a la desaparición forzada y otras violaciones de DDHH cometidas en el curso un conflicto armado interno entre el Estado y la Guerrilla (en este caso, la víctima era Bámaca Velásquez, comandante guerrillero del Grupo ORPA “Organización del Pueblo en Armas”). Al respecto, la Corte IDH señaló que “este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo

---

<sup>266</sup> DONDE MATUTE, Javier. “Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo: Uruguay, 2011, p. 220.

<sup>267</sup> COTE BARCO, Gustavo y TARAPUÉS, Diego. “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013” en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, p.251.

<sup>268</sup> GARCÍA-SAYÁN, Diego y GIRALDO, Marcela. “Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional”, *EAFIT Journal of International Law*, Vol.7, No.2, 2016, p.110.

obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones” establecidas en el artículo 3 de las disposiciones generales de los Convenios de Ginebra de 12 de 1949<sup>269</sup>.

A este respecto, el tribunal interamericano recalcó que el DIH “prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal” de las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera del combate por cualquier motivo, incluida su captura<sup>270</sup>. Lo interesante de esta sentencia radica en que la Corte IDH reconoce su falta de competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado en base a tratados que no son de su competencia<sup>271</sup> como los Convenios de Ginebra de 12 de 1949 pero que *mutatis mutandis* aquellas infracciones se traducen también en la violación *del corpus iuris interamericano*, es decir, en la serie de tratados sobre los que el tribunal sí tiene competencia, como la CADH o la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>272</sup>.

De acuerdo a la Corte IDH, conforme ha destacado en el caso *Cepeda Vargas v. Colombia (2010)*, aquella no extralimita sus facultades ni imputa responsabilidades penales a persona alguna, sino que solamente utiliza conceptos de otros tribunales y ordenamientos jurídicos para contextualizar los deberes del Estado:

En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas. Con ello, la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter *jus cogens*, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las

---

<sup>269</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), párr. 121.

<sup>270</sup> Ídem, párr. 207.

<sup>271</sup> “Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 Común”. Ídem, párr. 208.

<sup>272</sup> “Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado, en el Caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana”. Ídem, párr. 209.

facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas *vis-à-vis* las obligaciones estatales<sup>273</sup>

Como se verá posteriormente, contrario a lo afirmado por la Corte IDH, calificar una conducta como un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra tiene consecuencias bastante concretas para el individuo envuelto en el proceso penal a nivel nacional, entre muchas otras, habilitar la jurisdicción universal para perseguir el delito con la potencialidad de vulnerar su derecho fundamental a ser juzgado por un juez competente, imparcial e independiente previsto en la ley con anterioridad<sup>274</sup> o, tornar la acción penal en imprescriptible. En lo que compete a esta investigación, basta añadir que la Corte IDH señala que también en casos donde existe un conflicto armado interno persiste la obligación estatal de combatir la impunidad a través de la investigación, procesamiento y sanción de los responsables así como de garantizar reparación a las víctimas, lo que hace improcedente la amnistía<sup>275</sup>.

## 2.8. Otras formas de impunidad

En esta sección se analizará el resto de formas de impunidad que han sido tratadas por la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia. Básicamente, se hará referencia a las dilaciones indebidas; a la prescripción de responsabilidad penal; a la cosa juzgada fraudulenta; al supuesto de que en un caso juzgado sobre graves violaciones de DDHH surgan nuevos hechos o pruebas y, finalmente, al indulto. Como se podrá advertir fácilmente todos estos mecanismos afectan en cierta medida lo que la Corte IDH ha

---

<sup>273</sup> Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 42.

<sup>274</sup> Cuestión que no debería ser minimizada en la medida que podría constituirse en una violación al derecho al juez natural como garantía del debido proceso (Artículo 8 CADH), máxime cuando no existe un tratado internacional que regule esta institución. Como ha señalado NIEVA FENOLL: “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige una preconstitución legal del tribunal, a fin de que el órgano de mayor representación democrática de un Estado —el Parlamento— sea aquel que determine apriorísticamente la jurisdicción y competencia de los tribunales. Con ello se asegura que no constituye los tribunales un Gobierno —para evitar influencias políticas—, ni el propio poder llamado a juzgar —para evitar un ejercicio inquisitivo de la función jurisdiccional—, ni, en el caso que nos ocupa, un Estado arbitrariamente, que decide erigirse en tribunal del mundo, por motivos que pueden parecer muy legítimos, pero que en la medida en que no estén respaldados expresamente por la comunidad internacional, no tendrán auténtica legitimidad democrática, y podrán ser considerados tan peligrosos como la jurisdicción extraterritorial ejercida en los últimos años por los Estados Unidos de América”. Vid. NIEVA-FENOLL, Jordi. “El principio de justicia universal: una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 65, No. 1, 2013, p.139.

<sup>275</sup> Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs 208-209.

identificado como el derecho de las víctimas a la justicia. Tras una descripción de la línea jurisprudencial, se realizarán breves apuntes críticos sobre aquella.

### **2.8.1. ¿Dilaciones indebidas o derecho a la defensa?**

El derecho demo-liberal penal se fundamenta en las garantías del procesado frente al poder punitivo del Estado. En ese sentido, las garantías procesales funcionan como la garantía del más débil. Clásicamente, dentro de esas garantías, consta el derecho al proceso dentro de un plazo razonable. Esta garantía se compone de dos dimensiones. De una parte, se pretende evitar juicios *fast track* por resultar lesivos a las garantías de independencia e imparcialidad. De otra parte, se pretende también evitar los procesos excesivamente demorados en la medida que el inicio de un proceso penal puede concebirse en sí mismo como una restricción de la libertad y una coacción psicológica<sup>276</sup>. En medio de estos dos extremos se encuentra el derecho fundamental a la defensa y a la interposición de recursos.

El derecho a la defensa en materia penal debe procurar las más amplias libertades de impugnación dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, llama la atención lo señalado por la Corte IDH en el caso *Caso Bulacio v. Argentina (2003)*:

La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia<sup>277</sup>.

La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario E., por el delito reiterado de privación ilegal de libertad calificada, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han

---

<sup>276</sup> Al respecto, PASTOR ha dicho que: "...todo el proceso es una coacción estatal que menoscaba derechos de las personas sometidas al enjuiciamiento (desde soportar la mera obligación de tolerar el proceso y todas sus medidas hasta la prisión preventiva) y esa coacción sólo es legítima si está autorizada por la ley dentro de unos límites precisos, entre los cuales están incluidos también sus contornos temporales". Vid. PASTOR, Daniel. "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal". *Revista de Estudios de la Justicia*, No 4, 2004, p.75.

<sup>277</sup> Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 111.

impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal<sup>278</sup>.

Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables<sup>279</sup>

Muy crítico con esta decisión, Daniel PASTOR ha afirmado que en el caso de referencia se han obviado por completo las violaciones de los derechos fundamentales del acusado que se ha visto sometido al proceso durante más de una década “...cosa que inexplicablemente se le achaca a él por haber utilizado las facultades, derechos y recursos que le brinda la ley, algo que para la Corte es "abusivo". Notable forma de interpretar los derechos del acusado por parte de un órgano puesto para supervisar el respeto de tales derechos”<sup>280</sup>. Por su parte, la propia Corte Suprema de la Nación Argentina dejó sentada su inconformidad con la sentencia de la Corte IDH, aunque procedió a ejecutarla<sup>281</sup>. Un razonamiento muy lúcido sobre la cuestión se encuentra en el voto de los jueces Zaffaroni y Petracchi:

[...] corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, [...] son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales

---

<sup>278</sup> Ídem, párr. 113.

<sup>279</sup> Ídem, párr. 114.

<sup>280</sup> PASTOR, Daniel. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2006, disponible a través del siguiente enlace: [www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm](http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm) (último acceso: 29/07/2019).

<sup>281</sup> Según el voto razonado: “se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Espósito, Miguel Ángel, 23 de diciembre de 2004, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, párrs. 13-16. En, PARENTI, Pablo. “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ELSNER, Gisela (ed). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, p. 219.

dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa solo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos<sup>282</sup>.

Otro de los extremos que se criticaron en el voto razonado citado es que la decisión de la Corte IDH en el caso *Bulacio v. Argentina (2003)* realiza una ponderación si se quiere innecesaria pues no resultaba imperativo lesionar el derecho al juicio penal dentro de un plazo razonable del procesado que, además, no pudo ejercer su derecho a la defensa ante la Corte IDH, teniendo en cuenta que a efectos procesales del SIDH aquello no resultaba imperativo para la declaratoria de responsabilidad del Estado argentino. Más allá de lo dicho, se criticó duramente la afectación de los derechos del individuo toda vez que la responsabilidad del Estado fue asumida voluntariamente ante la Corte IDH de forma unilateral, esto es, sin prueba que efectivamente demostrare la supuesta dilación indebida por parte del defensor de Espósito, el acusado<sup>283</sup>.

## **2.8.2. Prescripción extintiva**

Ya en los casos como *Barrios Altos v. Perú (2001)* y *Oroza Trujillo v. Perú (2013)* la Corte IDH había señalado que la prescripción era un mecanismo para generar impunidad y que es inadmisibles cuando pretenda impedir la investigación (prescripción de la acción penal) o la sanción (prescripción de la pena) de los “responsables de las

---

<sup>282</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Espósito, Miguel Ángel, 23 de diciembre de 2004, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, párrs. 7, 10 y 12.

<sup>283</sup> “Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable —íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho [...]—, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional. Que a ello se suma, en el caso, que la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración deresponsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal —consecuencia del reconocimiento de su responsabilidad internacional por parte del Estado— desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal”. Cfr. Idém, párrs. 13-16.



graves violaciones de DDHH tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”<sup>284</sup>.

Aunque no se hace una mención expresa a instrumento jurídico alguno más allá de la propia CADH existen, en la actualidad, varios instrumentos de derecho internacional que contemplan la imprescriptibilidad de graves violaciones de DDHH. Por ejemplo, los principios elaborados por Diane ORENTLICHER, experta independiente de la ONU. Así, el principio 23 para “la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” indica que:

La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación<sup>285</sup>.

Como se puede apreciar, el *soft law* arriba invocado se limita a prohibir la prescripción de la acción penal y de la pena, exclusivamente, para “delitos graves conforme el derecho internacional”. En el mismo sentido, el ECPI dispone su artículo 29 que los “crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”. Cabe recalcar que la CPI tiene competencia material para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y que no toda “grave violación de DDHH” constituye necesariamente un crimen internacional que pueda activar la jurisdicción de este tribunal.

En cambio, la jurisprudencia de la Corte IDH parece admitir que la prohibición de prescripción no debe limitarse a crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, sino que debe extenderse a cualquier violación de DDHH, como se evidencia claramente en el caso *Bulacio v. Argentina (2003)*<sup>286</sup>. Según comenta PARENTI, “...la Corte no se refiere ya a graves violaciones de los derechos humanos (Barrios Altos), sino lisa y llanamente a las violaciones de derechos humanos. Es muy probable que la eliminación del adjetivo calificativo graves haya estado motivada en la circunstancia de que los

---

<sup>284</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Op. Cit, párr. 41; y, *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas), párr. 106.

<sup>285</sup> Resolución 60/147 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 2005, en el “Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Doc. E/CN.4/2005/102, Add. 1, de 8 de febrero de 2005, p.14.

<sup>286</sup> Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 111-116.

hechos del caso no parecían encuadrar en la tipología de los crímenes de derecho internacional, a diferencia de los casos anteriormente considerados por la Corte”<sup>287</sup>.

Lo dicho abre, por cierto, un peligroso camino en el derrotero de la lucha contra la impunidad. No faltará quien comparezca ante el tribunal alegando que la prescripción de cualquier delito violento lesiona sus DDHH como víctima y, por tanto, la torna inadmisibles. Aquí habría que agregar que potencialmente cualquier delito puede entenderse como una violación de los DDHH reconocidos en la CADH, llevando el argumento hasta sus últimas consecuencias, no habría razón lógica para excluir desde el más ínfimo hurto hasta los delitos contra la vida o la integridad sexual. En un intento de enmendar su jurisprudencia y limitar la cuestión sobre la imprescriptibilidad de ciertos delitos, la Corte IDH señaló en el caso *Albán Cornejo v. Ecuador (2007)*, relativo a la muerte de una persona por negligencia médica, que:

La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales<sup>288</sup>.

La Corte IDH matiza su línea jurisprudencial anterior ante las alegaciones del peticionario que alegaba la imprescriptibilidad de una infracción penal con motivo de la provocación de la muerte por negligencia profesional. Sin embargo, abre otra interrogante al señalar que la imprescriptibilidad aplica siempre que se cumplan los supuestos reconocidos en “*instrumentos internacionales*”. Por supuesto, esta disposición no representa problema alguno en el caso de tratados que establecen explícitamente esta obligación como la Convención de imprescriptibilidad de crímenes de Guerra y crímenes de Lesa humanidad, así como los crímenes internacionales tipificados en el ECPI. Sin embargo, como sugiere DONDE MATUTE:

---

<sup>287</sup> PARENTI, Pablo. “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ELSNER, Gisela (ed). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo: Uruguay, p. 217.

<sup>288</sup> Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 111.

...fuera de estos supuestos tan obvios, la formulación no es clara. Por un lado, no hay otros tratados internacionales que prevean expresamente la imprescriptibilidad de crímenes como tortura y desaparición forzada. Por otro, las ejecuciones extrajudiciales no cuentan con un tratado internacional similar. Consecuentemente, el único fundamento que se encuentra para sustentar la imprescriptibilidad de estas conductas son casos como Barrios Altos y Bulacio<sup>289</sup>.

Además, el hecho de invocar a los “instrumentos internacionales” como fundamento para la imprescriptibilidad penal resulta problemático pues podría incluir no solamente tratados sino también instrumentos de *soft law* o resoluciones de órganos como la Asamblea General de la ONU o la OEA<sup>290</sup>. De otro lado, parecería excluir normas – como las consuetudinarias– que no están recogidas explícitamente en “instrumentos”.

## 2.9. Cosa juzgada fraudulenta y nuevos hechos o pruebas

La Corte IDH abordó la cosa juzgada fraudulenta en el *caso Carpio Nicolle v. Guatemala (2004)*, en un caso relativo a la ejecución extrajudicial de personas. En su valoración, se indicó que los tribunales locales habían actuado sin independencia ni imparcialidad, aplicando normas o disposiciones contrarias al debido proceso u omitiendo aplicar las que correspondían. Igualmente, la Corte IDH señaló que el proceso a nivel estatal se encontraba viciado por una obstrucción continua de las investigaciones por parte de los agentes del Estado y los llamados grupos paralelos en el poder, así como una falta de diligencia en el desarrollo de las investigaciones que condujo a un panorama de impunidad total.

---

<sup>289</sup> DONDE MATUTE, Javier. “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte IDH”; en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Alemania, 2010, p. 287.

<sup>290</sup> Por ejemplo, la Corte IDH señaló en el caso *Gomes Lund v. Brasil (2010)* que: “distintos relatores especiales de las Naciones Unidas indicaron que la obligación de respetar y hacer respetar las normas internacionales de derechos humanos incluye el deber de adoptar medidas para prevenir las violaciones, así como el deber de investigarlas y, cuando proceda, adoptar medidas contra los autores de las mismas” citando el Informe final del relator Cherif Bassiouni. “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia y la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000, Anexo: Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. También, el Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005. Cfr. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) v. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 144.

En este caso, la Corte IDH realizó un énfasis especial en la ausencia de garantías para investigar el caso y valorar de forma debida el material probatorio, así como en la situación general imperante en el sistema judicial de Guatemala. Fue en ese contexto en el que el tribunal interamericano aludió a la *cosa juzgada fraudulenta*, indicando que se encontraba demostrado que la obstrucción sistemática a la administración de justicia y al debido proceso había impedido identificar, juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la violación a DDHH. En esta primera aproximación, la noción de cosa juzgada fraudulenta se relaciona a procesos penales destinados a fracasar desde el inicio por la incapacidad o falta de voluntad del Estado –y en particular del sistema judicial– para hacer frente a casos de graves violaciones de DDHH.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la cosa juzgada fraudulenta se consolidó en el caso *Almonacid Arellano v. Chile (2006)*, cuando estableció que el principio del *ne bis ídem* no es absoluto y que existen presupuestos que vician a un proceso judicial al punto de tornarlo fraudulento, con la consecuencia de no surtir efecto jurídico alguno. Esto sucede cuando: 1) la intención del tribunal que conoció el caso y decidió declarar inocente o sobreseer a una persona acusada de graves violaciones de DDHH obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; 2) el procedimiento no fue instruido independiente y/o imparcialmente de acuerdo a las garantías procesales; y, 3) cuando no hubo la intención real someter al responsable a la acción de la justicia<sup>291</sup>.

Los supuestos arriba descritos ocurrieron de forma generalizada en el cono sur latinoamericano cuando los militares fueron juzgados por tribunales propios por delitos comunes. En relación a ello, la Corte IDH señaló en el caso *las Palmeras v. Colombia (2001)*:

Como se ha dicho con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial. En el caso sub judice, las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra las [sic] grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo ha reconocido el propio Estado. En consecuencia, la investigación y sanción de los responsables debió recaer, desde un principio, en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hayan sido policías en servicio activo. Pese a lo anterior, el Estado dispuso que la justicia militar fuera la encargada de la investigación de los hechos acaecidos en Las Palmeras, la cual llevó adelante dicha

---

<sup>291</sup> La doctrina de la Corte IDH se nutre de la jurisprudencia del DPI. En ese sentido, haciendo analogía entre cosa juzgada fraudulenta y los casos en los que la actuación estatal no es causa de inadmisibilidad de un caso ante la CPI, vid. AMBOS, Kai. "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)." *InDret*, No. 2, 2010, pp. 1-47.

investigación durante más de 7 años —hasta el traslado de la causa a la justicia ordinaria— sin obtener resultados positivos respecto de la individualización y condena de los responsables<sup>292</sup>.

Pero cosa distinta —aunque no menos problemática— sucede con el proceso penal legítimo, que cumple con todas las garantías procesales del ordenamiento jurídico y en el que la absolución o sobreseimiento definitivo del acusado son el resultado pleno de la falta de pruebas de cargo suficientes para convencer al tribunal penal de la participación o culpabilidad del actor (principio de inocencia) o, simplemente, cuando el tribunal penal competente —que sea por supuesto independiente, imparcial y cuente con garantías correspondientes— decida en el mismo sentido de forma motivada. Aún para los casos de referencia, la Corte IDH ha determinado que:

...si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in ídem*<sup>293</sup>.

Atendiendo estas consideraciones, la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta es defendible, en términos estrictamente normativos, solamente en su primera faceta. Esto es, únicamente si lo que se pretende decir es que los juicios fraudulentos no pueden producir una sentencia que haga tránsito a la cosa juzgada material. En efecto, en este supuesto no habría vulneración alguna al principio del derecho demo-liberal denominada *non bis in ídem*, simple y llanamente, porque nunca hubo un proceso, en el sentido técnico de la palabra, que habilite la garantía<sup>294</sup>. Para fundamentar esta doctrina no hace falta, en absoluto, recurrir a un supuesto derecho de la víctima al castigo del autor que debe primar a toda costa<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Corte IDH. *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo), párr.53.

<sup>293</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 183; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 154.

<sup>294</sup> Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ que ha dicho: “En los casos de cosa juzgada "fraudulenta" o "aparente" puede sostenerse que se trata, en puridad, de resoluciones prevaricadoras o, en todo caso, con vicios procesales determinantes de su nulidad. Por tanto, un nuevo enjuiciamiento no vulneraría el principio de *non bis in ídem*”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del Autor". *Derecho Penal y criminología*, Vol. 29, 2008, p. 158.

<sup>295</sup> Manifiesta DE LUCA: “No pueden muchos autores explicar la siguiente paradoja. Sostienen críticamente que ha aparecido un derecho de las víctimas al castigo por violaciones a los DDHH y que éste es el derecho que se hace prevalecer por sobre la cosa juzgada. De ahí que, si ese derecho no existiera, no

Esta doctrina se fundamenta precisamente en las garantías del debido proceso, que en su dimensión individual garantiza al imputado no ser juzgado sino por jueces independientes e imparciales; y que, ciertamente, se traslada en su espectro más amplio como una garantía para la sociedad toda. En cambio, difícilmente se puede defender la clara vulneración del principio de igualdad entre los litigantes al permitir que el Estado ejerza nuevamente su potestad punitiva sobre una misma persona cuando haya existido un *proceso legítimo* que haya culminado con una sentencia de absolución ejecutoriada. Como se verá a continuación “la letra y espíritu de la Convención Americana” apuntan en el sentido contrario al que señala la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que merece una especial reflexión dado que los tribunales son finales pero no infalibles<sup>296</sup>.

Nada más hace falta remitirse al texto literal del Pacto de San José. En primer lugar, el artículo 8 (garantías judiciales) fue pensado, evidentemente, para cualquier persona “en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”. Es decir, la convención es, antes que nada, una garantía no de la víctima sino del acusado. En segundo lugar, la convención expresa de forma diáfana que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. “Interpretar” antojadizamente que esta garantía solo aplica respecto de “los mismos hechos” y no de “nuevos hechos”<sup>297</sup> simple y llanamente implica vulnerar la “plena

---

habría colisión posible con la garantía del *non bis in idem*. Este razonamiento encierra un problema. Si el derecho de las víctimas no existe, es porque se lo confiscó el Estado que monopoliza la *potestas puniendi* (no el derecho). Si aquel derecho no existiera, porque se reputa que no debería existir, igualmente subsistiría el poder del Estado a castigar. Esto no tiene nada que ver con la venganza. El que castiga es el Estado, no las víctimas. Es decir, el conflicto entre cosa juzgada vs. persecución penal, subsistirá con o sin reclamo de las víctimas”. DE LUCA, Javier Augusto. "Punitivismo y Derechos Humanos. El caso de Argentina". Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla de la Mancha, en *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2009, p.12. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net> (último acceso: 25/07/2019).

<sup>296</sup> Como ha anotado MORESO con su doctrina “Julia Roberts”, “los jueces pueden equivocarse, pero también han de ser obedecidos, con arreglo al derecho, cuando se equivocan... Dichas decisiones, para decirlo con H. L. A. Hart de nuevo, son definitivas, pero no infalibles”. Cfr. MORESO, José Juan. “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍZ, Luis y FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

<sup>297</sup> La propia Corte IDH ha desarrollado el principio de congruencia en materia penal y este sirve para fundamentar que cualquier formulación de cargos basados en nuevos hechos o pruebas no incluidos oportunamente en el proceso, implicaría de facto un nuevo proceso, por una nueva acusación. Así, la Corte IDH ha dicho que, en virtud del principio de congruencia, “debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia”. Igualmente, este principio “implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación” ya que constituye “un corolario indispensable del derecho de defensa” y “una garantía fundamental del debido proceso en materia penal”. Cfr. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 47; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrs. 67 y 68.

igualdad” prevista por la convención para las partes procesales e ignorar lo obvio: que la imputación se compone por un “hecho total”<sup>298</sup>.

Parece evidente que si el procesado y el Estado no están, al menos, en la misma posición procesal, no puede sostenerse que se haya respetado el derecho a la defensa. Permitir que tras el paso de décadas, por el descubrimiento de una nueva prueba o de un hecho desconocido, se reabran procesos penales –sea por el delito que fuere– implicaría justamente lo que la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta pretende evitar: los juicios mofa. Implicaría, además, vaciar de contenido alguno la garantía del plazo razonable<sup>299</sup>; y, en definitiva, conllevaría no tratar al imputado como *persona*<sup>300</sup> según exige el texto de la convención, sino como *enemigo* en tanto refleja un peligro que debe ser combatido por todos los medios, incluyendo un derecho procesal penal de garantías flexibles<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> La propia Corte IDH ha indicado en su jurisprudencia que: “[p]ara satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos”. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 199.

<sup>299</sup> No tendría sentido la garantía de plazo razonable de duración del proceso penal si se puede aperturar casos sucesivamente pues, si aquello es posible, no hay ninguna razón lógica que impida –bajo el argumento de que pueden surgir nuevas pruebas, por ejemplo– mantener un proceso penal abierto *ad infinitum*. Según la jurisprudencia de la Corte IDH “[E]l derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Igualmente, ha dicho que el “derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable” puesto que una “demora, en exceso prolongada”, es en principio un elemento constitutivo “por sí misma” o “per se” de la violación a la Convención Americana. Vid. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 177; Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145.

<sup>300</sup> El artículo 1 inciso 2 de la CADH dispone que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

<sup>301</sup> Según JAKOBS quien generalmente es fiel al derecho es *ciudadano* y se rige por el Derecho de las *personas* (*Bürgerstrafrecht*). Quien no presta una mínima garantía de fidelidad al Derecho no puede ser tratado como persona sino como no-persona, como *enemigo* que debe ser combatido. En nuestras sociedades, esa *despersonalización* es parcial, de ahí que siga existiendo un Derecho –que separa conceptualmente al simple trato arbitrario– aunque con una flexibilización radical tanto en lo sustantivo como en lo procesal (*Feindstrafrecht*). Vid. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas, 2006, pp.43-46. Por su parte, el profesor SILVA SÁNCHEZ señala que el tránsito de ciudadano a enemigo, para la aplicación de la *tercera velocidad*, se produciría por la reincidencia en crímenes graves. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 163-166. Ahora bien, en el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH –en lo tocante al nuevo proceso penal en caso de prueba o hechos nuevos– no se demanda reincidencia, *la simple acusación bastaría para el relajamiento de las garantías procesales*.

## 2.10. El indulto humanitario en el caso Fujimori

La jurisprudencia de la Corte IDH señala que las medidas de gracia que tengan como propósito impedir la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de crímenes internacionales son contrarias a la CADH y carecen de validez jurídica en el derecho internacional, siendo más bien, fuente del ilícito internacional que genera la responsabilidad del Estado<sup>302</sup>. Así mismo, el tribunal interamericano ha sostenido que el respaldo democrático de aquellas pudieren tener resulta irrelevante toda vez que los derechos de las víctimas constituyen límites infranqueables para lo que las mayorías pueden legítimamente decidir<sup>303</sup>. Lamentablemente, la Corte IDH ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre el indulto para personas condenadas por crímenes internacionales. Sin embargo, por cuanto el indulto impide el cumplimiento efectivo de la sanción penal, podría considerarse como un instrumento que genera impunidad<sup>304</sup>.

Por ejemplo, en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil (2010)*, la Corte IDH señaló que el Estado violenta el derecho a la protección judicial por la falta de “sanción a los responsables”<sup>305</sup>. En el mismo sentido, en el caso *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia (2010)*, la Corte IDH exigió la sanción de los “perpetradores inmediatos” así como la investigación, juzgamiento y sanción de las “estructuras que permitieron esas violaciones” de DDHH<sup>306</sup>.

Como observa DONDE MATUTE, la Corte IDH tuvo la oportunidad de abordar la institución de indulto para procesos de justicia transicional en el caso de la *Masacre de la Rochela v. Colombia (2007)*, sin embargo, el tribunal interamericano no precisó si el indulto consistía en una medida que genere impunidad y se limitó a parafrasear la

---

<sup>302</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001(Fondo), párr.41.

<sup>303</sup> *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221, párr. 239.

<sup>304</sup> La Corte IDH “...se refiere genéricamente al término “amnistías” para referirse a normas que, independientemente, de su denominación persiguen la misma finalidad” (refiriéndose a dejar en la impunidad graves violaciones de DDHH). Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 149 y nota al pie de página 197.

<sup>305</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 172

<sup>306</sup> Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 118.



interpretación de la Corte Constitucional de Colombia sin hacer otro tipo de valoración<sup>307</sup>.

De otro lado, aunque sin relación a procesos de justicia transicional, la Corte IDH conoció una serie de violaciones de DDHH cometidas por el Estado peruano en contra del médico Luis Pollo, quién padecía de una enfermedad terminal y murió en prisión tras cursar tres solicitudes de indulto humanitario en diferentes años sin que ninguna tuviere respuesta. En esta ocasión la Corte IDH se limitó a mencionar que:

...la misma legislación preveía la posibilidad de solicitar un indulto, supuesto que se materializaba a través de un procedimiento ante una autoridad orgánicamente adscrita al Ministerio de Justicia, aunque es claro que su otorgamiento se trataba de una facultad presidencial de carácter discrecional. Es decir, era privativo de la autoridad otorgarlo o no. Según lo informado por el Estado, las solicitudes del señor Pollo fueron recibidas y tramitadas, lo cual no fue desvirtuado por la Comisión o los representantes, que tampoco han presentado una argumentación suficiente para considerar que en este caso el Estado incurriera en una violación del artículo 8.1 de la Convención respecto de tales solicitudes<sup>308</sup>.

Fuera de este caso en el que se destacó el carácter discrecional del indulto humanitario, la Corte IDH solamente se ha pronunciado en el sentido de que toda persona condenada a pena de muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de pena, no debiendo ejecutarse la misma hasta la resolución de la petición. En ese sentido, ha establecido la obligación del Estado de articular un procedimiento imparcial, transparente y eficaz<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> “Al resolver acciones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley 975, el 18 de mayo de 2006 la Corte Constitucional de Colombia emitió una sentencia declarando la constitucionalidad de la mayoría de artículos de dicha Ley, la inconstitucionalidad de otros y condicionó la constitucionalidad de algunos. En dicha sentencia la Corte Constitucional estableció, inter alia, que la referida Ley 975 es una ley ordinaria que regula un procedimiento penal, y que no puede ser equiparada a una ley de amnistía o indulto por cuanto ni impide proseguir los procesos penales ya iniciados ni elimina las penas, sino que concede un beneficio penal en aras de la paz. Asimismo, estableció que el beneficio de la alternatividad penal se ajusta a la Constitución puesto que no representa una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, los cuales también son protegidos por la misma ley”. Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, Op. Cit, párr. 183.

<sup>308</sup> Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y Otros v. Perú*. Sentencia de 21 de octubre de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 210.

<sup>309</sup> “El artículo 4.6 leído en conjunto con los artículos 8 y 1.1, los tres de la Convención Americana, pone al Estado frente a la obligación de garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia”. Cfr. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 188.

La Corte IDH ha indicado en su jurisprudencia que el Estado se encuentra en una posición especial de garante respecto de las personas privadas de libertad y que tiene el deber de salvaguardar la salud y bienestar de aquellas. Por tanto, debe “garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma”. Así mismo, ha indicado que corresponde al Estado garantizar que toda persona privada de libertad viva en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, sin discriminación alguna<sup>310</sup>. En este mismo sentido, la jurisprudencia interamericana dispone que:

...los Estados deben asegurar que a las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales se les brinde atención médica adecuada, especializada y continua, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario. En caso de que ello no se pueda garantizar, las mencionadas personas privadas de libertad no deben permanecer en establecimientos carcelarios. Si el Estado no puede garantizar dicha atención en el centro penitenciario, está “obligado a establecer un mecanismo o protocolo de atención ágil y efectivo para asegurar que la supervisión médica [sea] oportuna y sistemática, particularmente ante alguna situación de emergencia”. Los procedimientos establecidos para la consulta externa en hospitales deben tener “la agilidad necesaria para permitir, de manera efectiva, un tratamiento médico oportuno”. Por lo tanto, corresponde al Estado adoptar medidas que aseguren la atención médica adecuada a los condenados que cumplan pena privativa de libertad en un establecimiento carcelario, valorando inclusive, de ser necesario, medidas alternativas a dicha pena o que la modifiquen<sup>311</sup>.

### **2.10.1. Los hechos del caso Fujimori**

El expresidente Alberto Fujimori, actualmente de 79 de años de edad, fue condenado en el año 2009 por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú a una pena de veinticinco años de pena privativa de la libertad por los hechos relativos a los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, en los que resultó culpable a título de autor mediato<sup>312</sup> de los delitos de homicidio calificado con la agravante de alevosía y de secuestro agravado por trato cruel a las víctimas<sup>313</sup>. De acuerdo a los cómputos de la

---

<sup>310</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 49.

<sup>311</sup> Ídem, párr. 50.

<sup>312</sup> La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú advirtió que en el proceso se encontraba suficientemente probado que “las órdenes impartidas por el ex [P]residente de la República Alberto Fujimori Fujimori, siguiendo el plan trazado de lucha contra la subversión, efectivamente se materializaron, esto es, dieron lugar a los crímenes de ‘Barrios Altos’ y ‘La Cantuta’, orden sin las cuales, los militares que formaban el Grupo ‘Colina’ jamás pudieron haber actuado”. Cfr. Corte IDH. *Barrios Altos v. Perú*, *supra* nota 30, Considerandos 14 y 15. Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”. Resolución de 30 de mayo de 2018, nota al pie de página #47.

<sup>313</sup> Ídem, párr.20.

sentencia, la pena se cumpliría el diez de febrero de dos mil treinta y dos. Esos actos fueron calificados por la justicia peruana como crímenes de lesa humanidad<sup>314</sup>.

De acuerdo a las víctimas, durante la ejecución de la condena, la defensa de Fujimori intentó varias veces interrumpir la misma. Por ejemplo, solicitó un indulto humanitario en el 2013, una solicitud de “variación del lugar del cumplimiento de la pena efectiva por la de arresto domiciliario” y recursos de revisión y de hábeas corpus. Todos ellos fueron rechazados. Sin embargo, el 24 de diciembre de 2017, el entonces presidente peruano Pedro Pablo Kuczynski Godard –quién como promesa de campaña indicaba que no indultaría a Fujimori<sup>315</sup>– concedió, a través de resolución suprema No. 281-2017-JUS, un indulto por “motivos humanitarios” y la gracia presidencial<sup>316</sup>. Al momento de la decisión, Fujimori había cumplido diez años, diez meses y dos días en la purga de su condena<sup>317</sup>.

Este tramo de la investigación se limitará a analizar el indulto humanitario concedido a Fujimori y no la gracia presidencial, toda vez que la Corte IDH con buen criterio limitó el ámbito material de la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia a los hechos relacionados con Barrios Altos y La Cantuta<sup>318</sup>. El día 25 y 26 de diciembre de 2017, los representantes de las víctimas comunicaron a la Corte IDH la concesión del indulto por

---

<sup>314</sup> Ídem, párr.28.

<sup>315</sup> “El tratamiento del indulto durante la campaña para las elecciones generales de 2016 fue abordado cuidadosamente por las planchas presidenciales en contienda. El resultado de la elección en segunda vuelta, que dio como ganador a Pedro Pablo Kuczynski, causó tranquilidad en una ciudadanía joven y activa que, asumiendo el discurso de los derechos humanos, rechazaba a Keiko Fujimori por lo que evocaba su apellido asimilado a impunidad y corrupción”. Para una narrativa histórica-política, Vid. RODRIGUEZ, Edgardo. “Indulto humanitario y retorno a la impunidad”, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, p. 162.

<sup>316</sup> La gracia presidencial está dirigida a los privados de libertad sin sentencia condenatoria con grave exceso de carcelería. La constitución peruana indica que el Presidente tiene la facultad de “ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria cuyo proceso se encuentre en etapa de instrucción y haya transcurrido el doble del plazo de esta más su ampliatoria”. A diferencia del indulto, la gracia bloquea la posibilidad de una sentencia judicial y, en ese sentido, bloquea también la posibilidad de obtener una verdad procesal.

<sup>317</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”*. Resolución de 30 de mayo de 2018, párrs. 22-23.

<sup>318</sup> “Debe precisarse que si bien la referida Resolución Suprema otorgó, por razones humanitarias, tanto el indulto como el derecho de gracia (*supra* Considerando 23), a efectos de la presente resolución este Tribunal se pronunciará únicamente respecto del referido “indulto por razones humanitarias” de conformidad con los términos de la legislación peruana correspondiente (*supra* Considerandos 25 a 28). Esto ya que es dicha figura –y no el derecho de gracia- la aplicable a los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*, los cuales ya contaban con una sentencia firme que dispuso una condena penal contra el ex Presidente Alberto Fujimori por delitos de lesa humanidad, según fue calificado por los tribunales penales internos...”. Ídem, párr.35.

razones humanitarias por el entonces Presidente del Perú en favor del ex presidente Alberto Fujimori.

Para las víctimas, el indulto resulta “contrario a las obligaciones derivadas de las Sentencias de los casos Barrios Altos y la Cantuta, en lo que concierne a la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones de derechos humanos declaradas en dichos casos”<sup>319</sup>. De otra parte, para el Estado peruano, el indulto por razones humanitarias “no es impunidad pues en el caso del condenado Fujimori, el Estado peruano lo procesó, obtuvo su extradición, lo juzgó, lo condenó a la pena máxima aplicable y ha cumplido casi la mitad de la misma”<sup>320</sup>. La resolución presidencial por la cual se decreta el indulto reza en su parte pertinente:

Que, en el presente caso la gravedad de la enfermedad se configura como un argumento en el que se justifica la culminación de la ejecución penal que conlleva la gracia, sin sacrificar los fines de la pena constitucionalmente reconocidos, toda vez que se trata de un caso excepcional de una persona con enfermedad no terminal grave, lo que determina que la continuidad de la persecución penal pierda sentido, sin que ello afecte el ejercicio de las demás acciones orientadas a la restitución del perjuicio ocasionado;

Que, asimismo, la Comisión de Gracias Presidenciales, ha determinado en el Informe del Expediente N° 00235-2017-JUS/CGP que, siendo que la exigibilidad de la ejecución completa de las penas impuestas al solicitante Alberto Fujimori Fujimori, a sus 79 años de edad y dada la condición de salud que muestra deterioro y vulnerabilidad, el citado solicitante no significaría un peligro para la sociedad y, por el contrario, dicha exigencia podría representar un daño irreparable a su derecho fundamental a la integridad física o, incluso, a su vida, por lo que, debe primar el principio y derecho a la dignidad humana, sin que ello signifique una aceptación o validación de su accionar o una eliminación de la reprochabilidad moral y social de los delitos; en ese sentido, la citada Comisión recomienda la concesión del indulto y derecho de gracia por razones humanitarias; que hace que esta persona no está en capacidad de recibir sanción<sup>321</sup>.

La Constitución Política de Perú de 1993, en su artículo 118, inciso 21, señala que es potestad del Presidente de la República “conceder indultos y conmutar las penas” y “ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”<sup>322</sup>. La norma constitucional de referencia no distingue entre el indulto y la gracia comunes de

---

<sup>319</sup> Ídem, párr.29

<sup>320</sup> Ídem, párr.11. G.

<sup>321</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”*. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr.24.

<sup>322</sup> Ídem, párr. 25. Resulta interesante la nota al pie de página #56 en la cual la Corte IDH indica que dicha “Constitución no forma parte de un marco normativo derivado de un acuerdo de justicia transicional”, en la medida que sugeriría que las constituciones transicionales merecen parámetros de evaluación distintos.

aquellos concedidos por razones humanitarias. Aquella distinción es regulada a través de normas infra constitucionales, específicamente, por medio del Decreto Supremo #004-2007-JUS, modificado por el Decreto Supremo #008-2010-JUS.

De conformidad con los artículos 85 y 89 del código penal peruano, el indulto suprime la pena impuesta. En lo atinente al indulto por razones humanitarias, la legislación secundaria del Perú establece tres supuestos para su concesión: a) los que padecen enfermedades terminales; b) los que padecen enfermedades no terminales graves, que se encuentran en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable, y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad –está fue la causal aplicada en el caso de Alberto Fujimori–; y, c) los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos, y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad<sup>323</sup>.

### **2.10.2. Naturaleza del indulto: discrecional, no arbitrario.**

Resulta fundamental, a efectos de distinguir que tipo de control jurisdiccional es aplicable a la institución del indulto, diferenciar entre los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad<sup>324</sup>. Es generalmente aceptado el principio de interdicción de la arbitrariedad que proscribe una “forma de actuar basada solo en la voluntad o en el capricho y que no obedece a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes” y que se encuentra estrechamente vinculado al abuso de autoridad. De otro lado, son decisiones discrecionales aquellas adoptadas “según el juicio, la voluntad o el criterio de alguien” o “sin límites establecidos o en la cantidad que se juzgue necesaria u oportuna”

325 .

---

<sup>323</sup> Ídem, párrs. 26-27. Cfr. Artículo 31 del “Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales”.

<sup>324</sup> Para el Tribunal Constitucional de Perú “...la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento”. Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 8.

<sup>325</sup> CASTILLO, Luis. “La validez jurídica de la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, p. 56.

De tal suerte, una decisión discrecional no se puede juzgar bajo el parámetro de las reglas –algo es válido o no de acuerdo a una regla, no pudiendo ser las dos cosas al mismo tiempo– sino debe ser juzgado bajo un parámetro de corrección. Por ejemplo, CASTILLO argumenta que “un acto discrecional reclama razones correctas para no ser arbitrario, pero no reclama de razones con el máximo grado de corrección posible, pues el acto discrecional está guiado también –y acaso preponderantemente– por criterios de conveniencia, oportunidad o utilidad”<sup>326</sup>.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional de Perú ha reconocido que las decisiones discrecionales tienen “justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”<sup>327</sup>. Lo comentado implica reconocer una presunción *iuris tantum* (derrotable) a favor de la autoridad que adopta la decisión discrecional, no pudiendo ser invalidada a menos que se demuestre que aquella autoridad actuó de forma arbitraria<sup>328</sup>, es decir, sin ninguna razón con algún grado de corrección<sup>329</sup>. En el caso de la prerrogativa de indulto, el Tribunal Constitucional de Perú indicó que:

...es una facultad del Presidente de la República reconocida en el artículo 118,21 de la Constitución Política, a través de la cual, tal como lo prevé el artículo 89° del Código Penal, se suprime la pena impuesta a un condenado. Se trata, además, de una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad; lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad<sup>330</sup>.

De este modo, un primer método para juzgar la validez jurídica de las decisiones discrecionales es limitándose a verificar que no son arbitrarias, esto es que tenga fundamento en alguna motivación que pueda ser considerada razonable. Ello implica que la carga de motivación a cargo de la autoridad es mínima<sup>331</sup> y que los supuestos

---

<sup>326</sup> Ídem.

<sup>327</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 9.

<sup>328</sup> Para el Tribunal Constitucional de Perú “...en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”. Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 12.

<sup>329</sup> Ídem.

<sup>330</sup> Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 03660-2010-PHC/TC Sentencia del 25 de enero de 2011, párr. 3.

<sup>331</sup> Para el Tribunal Constitucional de Perú “...para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los

para revocar el acto se limitan a graves errores sobre los hechos o a la desviación de poder<sup>332</sup>. En el otro extremo, un método alternativo para juzgar la validez jurídica de las decisiones discrecionales consiste en incorporar límites materiales y el principio de proporcionalidad al momento de evaluar la juridicidad de la concesión de un indulto. Este método parece coexistir en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que señaló:

...lo expuesto no debe ser interpretado en el sentido de que el ejercicio de la atribución de indultar o conmutar penas es, per se, inconstitucional. Si así fuese, este Tribunal violaría flagrantemente el principio de fuerza normativa de la Constitución (STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12, literal e.), pasando de ser su supremo intérprete a ser su contralor. Se trata tan solo de reconocer que las instituciones del indulto y de la conmutación de la pena, en sí mismas, son representativas de una limitación a determinados valores constitucionales, motivo por el cual, en abstracto, tienen un peso axiológicamente leve en el sistema constitucional. En esa medida, no solo no es posible la dación de un indulto o conmutación de forma inmotivada, sino que dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores iusfundamentales.

En tal sentido, mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón<sup>333</sup>.

Siguiendo este criterio jurisprudencial, el Presidente de la República debe satisfacer una carga argumentativa que resulte proporcional a la gravedad del delito indultado. De tal suerte, el indulto de un crimen contra la humanidad exigiría, no solamente la constatación de que no se trata de una decisión arbitraria, sino el máximo grado de motivación jurídica en tratándose de delitos que afectan a la dignidad misma del ser

---

derechos fundamentales, principios y valores constitucionales. Así, por ejemplo, resulta exigible un estándar mínimo de motivación que garantice que éste no se haya llevado a cabo con arbitrariedad”. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 03660-2010-PHC/TC Sentencia del 25 de enero de 2011, párr. 9.

<sup>332</sup> “...no debe olvidarse que incluso la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error. Así, por ejemplo, el ordenamiento procesal de la justicia ordinaria reconoce el recurso de revisión en el ámbito penal, o la cosa juzgada fraudulenta en el ámbito civil. Ello se funda en lo ya señalado por este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el goce de un derecho presupone que éste haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos...De este modo, es posible afirmar que la calidad de cosa juzgada que ostenta una resolución está supeditada a que no atente contra derechos fundamentales u otros principios o valores de la Constitución. En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad discrecional del indulto está sujeta al marco constitucional y, como tal, debe respetar sus límites. Así, cabe recordar que para el caso de la gracia presidencial este Tribunal Constitucional ha establecido límites de índole constitucional...”. Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 03660-2010-PHC/TC Sentencia del 25 de enero de 2011, párr. 7.

<sup>333</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Caso “Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República”, Exp. 0012-2010-PI/TC. Sentencia del 11 de noviembre de 2011, párr.44-45.

humano y cuyo rechazo forma parte del acervo jurídico de la comunidad internacional<sup>334</sup>.

En todo caso, el mismo Tribunal Constitucional de Perú ha excluido esa posibilidad al incorporar ciertos límites materiales:

...existen ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita... esto excluye la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad, es decir, “a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil<sup>335</sup>.

En resumen, el Tribunal Constitucional de Perú, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, ha señalado que los crímenes de lesa humanidad “desde una perspectiva abstracta” no resultan indultables o conmutables por lo que, en principio, ninguna motivación jurídica sería suficiente para validar una decisión de este signo. En todo caso, merece destacarse la frase utilizada por el Tribunal Constitucional de Perú: si bien el indulto de crímenes de lesa humanidad es incompatible en abstracto con la norma fundamental y los DDHH, en una situación concreta –como bien podría ser la hipótesis del perdón humanitario– el indulto podría resultar jurídica y moralmente justificado.

Como conclusión preliminar, se podría decir que si bien el indulto goza de una baja presunción de legitimidad democrática –al ser difícilmente conciliable con el Estado Constitucional de Derecho– no se debería descartar su utilidad, al menos para casos humanitarios, toda vez que condicionar un perdón de este tipo a mecanismos de mayor legitimidad política –como una ley de amnistía o un ejercicio de democracia directa– reñiría con los principios de la dignidad humana y la superioridad moral del Estado. Por supuesto, la tensión político-democrática provocada en el sistema a causa de la

---

<sup>334</sup> En ese sentido, la Corte IDH ha señalado: “Si bien las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho, en casos en que se alega una actuación arbitraria o una desviación de poder, la autoridad llamada a controlar tal actuación debe verificar, por todos los medios a su alcance, si existe una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal que justificarían formalmente su actuación”. Cfr. Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr.191.

<sup>335</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Caso “Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República”, Exp. 0012-2010-PI/TC. Sentencia del 11 de noviembre de 2011, párr.46-47.



institución del indulto humanitario, especialmente en casos de crímenes internacionales, puede reducirse gracias al control jurisdiccional del mismo.

### **2.10.3. El criterio de la Corte IDH**

De acuerdo a la decisión de la Corte IDH existen dos argumentos para rechazar el indulto humanitario en favor de Fujimori. De un lado, se encuentra implícita la idea de que se trata de una incidencia injustificada en las funciones de otro poder del Estado; y, del otro, que afecta el derecho subjetivo al acceso a la justicia de las víctimas:

...el “indulto por razones humanitarias” otorgado por el Presidente de la República del Perú a Alberto Fujimori no se trata de una figura jurídica que extinga la acción penal e impida la investigación y juzgamiento, sino que implica una “extinción” de la pena que fue impuesta después de haberse efectuado un proceso penal en su contra. Sin embargo, se trata de una figura que permite que el Presidente de la República perdone una condena penal impuesta por los tribunales competentes del Poder Judicial para delitos de lesa humanidad, lo cual afecta el derecho de acceso a la justicia de las víctimas...<sup>336</sup>

En relación al primer argumento, parece indiscutible que el indulto, como instituto jurídico, implica conceptualmente una injerencia del ejecutivo en las funciones de otro poder público y que riñe con la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado propia del poder judicial. Sin duda, podría inclusive argumentarse que el indulto pone en jaque principios fundamentales del Estado de Derecho como la seguridad jurídica. Sin embargo, a pesar de las razonables objeciones, existen argumentos para justificar su legitimidad y permanencia en el Estado Constitucional de Derecho, así como métodos – la motivación jurídica– para reducir la tensión existente entre principios jurídicos que se ven forzados a coexistir. Para HAKANSSON, por ejemplo, su utilidad reside en que el indulto está “destinado a resolver aquellos problemas de gobierno que ni las leyes pudieran prever ni el legislativo resolver”<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”*. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 37.

<sup>337</sup>HAKANSSON, Carlos. “La institución del indulto y su discrecionalidad presidencial”, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, p.35.

Dicho de otra manera, “dado que es imposible prever todas las situaciones que pudieran producirse en la historia de una comunidad política, los primeros constituyentes decidieron conservar el indulto en las formas constitucionales de gobierno...”<sup>338</sup>.

El indulto es un acto graciable, no arbitrario, discrecional en su concesión, pero que ha de responder a un fundamento proyectado en el campo jurídico penal. De tal suerte, su carácter discrecional significa que es concedido “según el juicio, la voluntad o el criterio de alguien”<sup>339</sup> o “sin límites establecidos o en la cantidad que se juzgue necesaria u oportuna”. De otro lado, su concesión no puede ser arbitraria, entendida como una, “forma de actuar basada solo en la voluntad o en el capricho y que no obedece a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes”<sup>340</sup> generalmente vinculada al abuso de autoridad.

De acuerdo a PULIDO y RUEDA, en un Estado constitucional de Derecho, el indulto, para ser discrecional y no arbitrario, debe: 1) ser el resultado de un diseño institucional que garantice la separación de poderes. Es decir, debe estar sujeto a una regulación legislativa<sup>341</sup> y al control jurisdiccional; 2) debe respetar el principio de razonabilidad, debiendo tener un motivo legítimo así como la idoneidad del indulto para cumplir aquel fin<sup>342</sup>; 3) debe respetar los límites materiales dimanantes del derecho internacional, especialmente, el “derecho a la verdad, a la justicia y la reparación de las víctimas” en casos de graves violaciones de derechos humanos<sup>343</sup>.

---

<sup>338</sup> Ídem.

<sup>339</sup> Ídem.

<sup>340</sup> Ídem.

<sup>341</sup> Pudiendo el legislador democrático limitar legítimamente la facultad de conceder indultos del Presidente. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú declaró la constitucionalidad de una ley del Congreso de la República que prohíbe el indulto a los autores de violación sexual de menores de edad. El Tribunal indicó que “el artículo 4º de la Constitución y la protección de los valores fundamentales que en él subyacen y que son afectados por la violación sexual de menores de edad, los que, a criterio de este Colegiado, autorizan al legislador a prohibir el indulto y la conmutación de penas para esta clase de delitos...”. Cfr. Tribunal Constitucional de Perú. Caso “Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República”, Exp. 0012-2010-PI/TC. Sentencia del 11 de noviembre de 2011, párr. 50.

<sup>342</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional de Perú ha indicado que “...mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón”. Ídem, párr.45.

<sup>343</sup> PULIDO, Fabio y RUEDA, José Miguel. “la naturaleza política del indulto”, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, p. 29.

Para Manuel ATIENZA el indulto humanitario concedido a Alberto Fujimori encuadra con una categoría que junto a Juan RUIZ MANERO denominaron ilícitos atípicos (específicamente, de desviación de poder). Se trata de actos contrarios no a reglas –pues en ese caso estaríamos ante un ilícito típico– sino a principios. *Prima facie*, los ilícitos atípicos están permitidos por una regla del ordenamiento jurídico, pero una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. ATIENZA señala que la Constitución del Perú autoriza, en principio, que el Presidente conceda indultos, sin embargo, tras ponderar alcanza una regla implícita que por la cual al “Presidente de la República le está prohibido usar su poder para conceder indultos o un derecho de gracia cuando ese ejercicio suponga un grave daño institucional y/o un beneficio indebido para sí mismo”<sup>344</sup>.

La Corte IDH sugiere que el indulto humanitario debe estar condicionado a una serie de criterios como que el condenado haya cumplido una parte considerable de la pena y que haya pagado la reparación civil impuesta en la condena. Igualmente, la Corte IDH indica que debe considerarse la conducta del condenado en relación al esclarecimiento de la verdad, así como el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación, sin ignorar los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y familiares de éstas. Todos los factores antedichos deberían ser evaluados por un órgano jurisdiccional que realice un examen de ponderación que concluya en un balance entre los derechos de la persona privada de libertad y los de las víctimas<sup>345</sup>.

La respuesta proporcionada por la Corte IDH en este respecto es insatisfactoria por varios motivos. En primer lugar, porque el tribunal interamericano desarrolla estos requisitos en base a los estatutos de tribunales internacionales penales que en no contemplan el instituto del indulto humanitario sino institutos como la liberación anticipada, que naturalmente exige un período de cumplimiento de la pena impuesta<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> ATIENZA, Manuel. “Un indulto sin gracia”, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, pp. 70-74.

<sup>345</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”*. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 57.

<sup>346</sup> “...el artículo 110 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 regula la posibilidad de que ese tribunal internacional apruebe una “reducción de la pena” que impuso y, por tanto, permita una liberación anticipada, una vez que la persona condenada haya cumplido “las dos terceras partes de la pena o 25 años

El indulto humanitario, por otro lado, exige la liberación inmediata del autor porque proseguir con la ejecución de la pena reñiría con los principios del Derecho penal democrático y los DDHH. Para llevar el argumento a sus últimas consecuencias, podría decirse, por ejemplo, que condicionar la libertad de un reo al que le restan solamente doce meses de vida a que cumpla con al menos la cuarta parte de la pena, por ejemplo, de veinte años y, además, a reparar económicamente a las víctimas o forzarlo a pedirles perdón conduciría simple y llanamente a deslegitimar el poder punitivo del Estado condicionando los derechos fundamentales de un sujeto a un hecho imposible, al pago de una obligación civil como precio de su libertad o a exigirle la auto-lesión del derecho fundamental a la libertad de pensamiento y expresión respectivamente.

## **2.11. Conclusiones del capítulo**

A lo largo del presente capítulo, los esfuerzos se han concentrado en la descripción y análisis cuidadoso del surgimiento de la doctrina de la lucha contra la impunidad tanto en el ámbito internacional como en el SIDH. Como se verificó a lo largo de la exposición, esta doctrina nace en el seno de la ONU con motivo de un informe presentado por Luis JOINET en 1997 y que posteriormente ha sido objeto de actualizaciones por parte de Diane ORENTLICHER. A su vez, estos informes recogen las tradiciones derivadas de los juicios de Núremberg y de otros tribunales penales internacionales, así como de tratados internacionales como el de imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.

El mérito de la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido llevar a la práctica todos los componentes de la doctrina de la lucha contra la impunidad, transformando en derecho positivo lo que desde un punto de vista estrictamente técnico es Soft law. Pero, además, la Corte IDH ha revolucionado la doctrina de la lucha contra la impunidad llevándola hacia límites antes insospechados. La doctrina no ha enfrentado grandes cuestionamientos prácticos, aunque sí ha sido objetada por la literatura especializada en el derecho penal. Esto se debe a varios motivos.

---

de prisión en caso de cadena perpetua”. Dicho instrumento internacional no contiene referencia alguna al indulto, o la extinción o perdón de la pena. El inciso 4 de dicho artículo del Estatuto y la regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la referida Corte Penal Internacional disponen los “factores” que deben ser examinados para decidir si se puede reducir la pena...”. Cfr. Ídem, párr. 41.

El prestigioso origen de la doctrina, sus órganos de aplicación y su fundamento axiológico, los DDHH, así como el ámbito supuestamente restringido al que es aplicada y contra quienes es aplicada: crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra imputados generalmente a miembros de regímenes abusivos o dictatoriales. Ahora bien, no parece inadecuado permanecer cauto ante una doctrina que ha permitido a un tribunal de DDHH calificar conductas concretas como crímenes de lesa humanidad, dejar sin efecto leyes de amnistía, dejar sin efecto la prescripción extintiva del juicio penal, calificar el ejercicio del derecho a la defensa del imputado como una dilación indebida o lesionar la garantía *non bis in ídem* en procesos legítimos por el solo hecho de que aparezcan nuevos hechos o pruebas.

Merece la pena recordar que la CADH es un instrumento que establece un catálogo de garantías para la parte más débil del proceso penal: el imputado. Curiosamente, se ha producido una metamorfosis de las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la convención que ahora más bien tutelan los intereses de la víctima. Convertir a la víctima en el centro del derecho penal no tiene consecuencias meramente filosóficas sino muy prácticas. La Corte IDH ha justificado un deber de investigar, procesar y, de ser el caso, sancionar penalmente las graves violaciones de DDHH en el derecho fundamental de la víctima a las garantías judiciales del artículo 8 de la CADH. Además, se ha dicho que este deber de persecución es una norma de derecho internacional imperativa e inderogable.

Si todas y cada una de las víctimas tienen un derecho fundamental inderogable al castigo de su victimario, entonces no queda ningún espacio de maniobra para que el Estado module la aplicación del poder punitivo en base a criterios de justicia u oportunidad. Dicho de otra manera, todos, autores, cómplices y encubridores de una grave violación de DDHH deben ser procesados y sancionados a toda costa. La principal consecuencia de esta afirmación, es que las amnistías o indultos en casos de graves violaciones de DDHH son inadmisibles, sin importar su método de ratificación.

Ahora bien, sin perjuicio de que resulta debatible derivar deberes penales del texto literal de la CADH, difícilmente se podrá decir que se trata de una obligación con carácter *ius cogens* cuando la propia CPI ha codificado el principio de oportunidad en el sentido de no procesar una causa cuando pudiere resultar contraria al interés de la

justicia. Ello rescataría la esencia última del derecho penal, ser un medio para lograr ciertos fines y no un fin en sí mismo.

Volviendo a la flexibilización de las garantías del debido proceso, habría que recalcar que el imputado en materia penal no tiene legitimación para comparecer como parte ante la Corte IDH –solo tienen legitimación la Comisión IDH, la víctima y el Estado– lo que impide a este comparecer, salvo la impropia figura del *amicus curiae*, ante el tribunal que puede en definitiva decidir su suerte. Si la Corte IDH encuentra, por ejemplo, que el caso se trata en realidad de un crimen de lesa humanidad, el delito pasará a ser imprescriptible, no susceptible de amnistía o indulto, será automáticamente extraditable, no sería aplicable la institución de asilo y podría ser juzgado varias veces, hasta que se logre la condena, en la medida que el Estado descubra nuevos hechos o nuevas pruebas (en un patente desequilibrio procesal). Pero lo comentado se agrava dado en la medida de que el Estado puede realizar declaraciones unilaterales de responsabilidad, con lo cual todas las consecuencias nombradas podrían ser producto no de la verificación de hechos y pruebas sino del sacrificio de la verdad procesal.

No sobra decir que la doctrina de la lucha contra la impunidad se ha expandido bajo el nomen de *graves violaciones a los DDHH*. Como se sigue del caso *Bulacio v. Argentina (2003)*, delitos ordinarios que no califiquen bajo los requisitos del derecho penal internacional como crímenes de lesa humanidad, podrían estar vinculados a las consecuencias de la doctrina. Esto ha sido elocuentemente identificado por SILVA SÁNCHEZ como el elemento permanente de la lucha contra la impunidad pues, en efecto, al menos todos los delitos graves (*mala in se*) podrían entenderse como una lesión a un DDHH de la víctima que demanda la satisfacción de la verdad, justicia y reparación. Se trata entonces de una doctrina que, al menos, debe delimitarse conceptualmente para no convertirse en constitucionalmente insoportable.

Situar a la víctima como eje del derecho penal ha tenido consecuencias tan frustrantes como el retorno a la concepción de la pena como retribución satisfactiva. En términos prácticos, significa que no basta la declaratoria de responsabilidad penal, la aclaración de la verdad de los hechos o inclusive la reparación de la víctima, sino que esta tiene un derecho fundamental a la ejecución efectiva de la pena privativa de la libertad, con lo cual puede oponerse a penas que considere muy leves o a la liberación anticipada del reo inclusive por motivos de salud.

En lo que respecta a la jurisprudencia del tribunal interamericano en materia de amnistías, indultos y otras leyes que promuevan la impunidad, como leyes de caducidad o de punto final, habría que mencionar que el contexto histórico en el que muchas de aquellas se dieron ratifica que se trataban de auto-amnistías de regímenes opresores para su propio y exclusivo beneficio. Por supuesto, estas leyes deben ser desproveídas de validez jurídica, aunque no por un derecho fundamental de la víctima a la justicia. Una aproximación más adecuada es que aquellas auto amnistías no constituyen “leyes” en el sentido de la CADH y por ser antidemocráticas son plenamente incompatibles y nulas.

Caso distinto sucedería con amnistías ratificadas popularmente como sucedió en *Gelman v. Uruguay (2011)*. Tiene sentido argumentar como hace Roberto GARGARELLA que los tribunales internacionales deben ser más cautos al evaluar normas provenientes de un régimen democrático. Sin embargo, aquí se puede justificar la decisión del tribunal interamericano en la medida que una ley de amnistía absoluta o en blanco constituye una limitación excesiva de otros intereses también valiosos en democracia como son develar la verdad de un pasado de abusos masivos, reparar a las víctimas de aquellos abusos y ejercitar la potestad punitiva, no fundamentada en un derecho subjetivo de la víctima, sino en un interés general de prevención integradora de la norma.

Estrechamente vinculado a lo comentado hasta aquí, la jurisprudencia existente en materia de amnistías e indultos de la Corte IDH no se ajusta al paradigma de la justicia transicional y por ello parece imperativo un cambio radical de su fundamento: el derecho subjetivo de la víctima al castigo del autor. Por lo dicho, parece imperativo esbozar ciertos criterios para justificar ante el derecho internacional la utilización estrategias más complejas como la selección y priorización penal o, como último recurso, el uso de amnistías condicionadas.





**CAPÍTULO III:**  
**DEBERES DEL ESTADO Y DERECHOS DE LA VÍCTIMA**  
**EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA**

**3. Introducción**

Las víctimas de graves violaciones de DDHH merecen conocer la verdad de los hechos sobre abusos masivos, volver a confiar en el sistema de justicia y obtener reparaciones que garanticen que aquellos hechos atroces no se repitan a futuro. A pesar de que ello resulta lógico, cabe la cuestionarse legítimamente si los Estados deben responder exactamente de la misma manera cuando se trata de una vulneración de derechos fundamentales puntual y cometida dentro del orden jurídico establecido que cuando se trata de violaciones masivas o sistemáticas de DDHH. Una reflexión en el sentido propuesto es relevante tanto para los casos de transición del conflicto armado a la paz y también para el caso de gobiernos democráticos que deben enfrentar el legado de abusos del régimen anterior.

Para dar respuesta al cuestionamiento antes planteado, el capítulo III de la presente investigación se encarga de analizar la jurisprudencia de la Corte IDH que resulta más relevante en lo atinente a los deberes de los Estados consistentes en prevenir e investigar graves violaciones de DDHH, además de adaptar su derecho interno al derecho internacional. Igualmente, se analiza y se explica el contenido normativo de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y la reparación que han sido reconocidos por el tribunal interamericano.

A partir de aquella verificación, se elabora una crítica a los estándares interamericanos que se basa en la necesidad de valorar el contexto transicional. De esta forma, se presentan los problemas de índole eminentemente práctica que surgen de considerar a la justicia penal como la única alternativa. Finalmente, se presentan criterios para justificar la utilización de amnistías condicionadas ante el derecho internacional.

### 3.1. Deberes del Estado

A lo largo de este apartado se explicará el deber general de prevención de graves violaciones de DDHH que corresponde al Estado, así como su deber de investigar, procesar y sancionar a los responsables. Para poder abordar los temas propuestos, se inicia explicando los requisitos para imputar la responsabilidad de un hecho internacionalmente ilícito a un Estado: comisión activa del crimen u omisión de investigar, la acreditación (en determinados casos) del daño y la infracción objetiva de una norma de DIDDHH. Posteriormente, se analiza el deber de prevenir violaciones de DDHH y sus manifestaciones como principio de organización estatal y como doble obligación normativa: dictar normas jurídicas que prevengan o reaccionen frente a crímenes internacionales y derogar normas o prácticas que incumplan las obligaciones derivadas del *corpus iuris interamericano*. Igualmente, se explica el alcance del deber estatal de investigación en casos de graves violaciones de DDHH.

#### 3.1.1. El hecho internacionalmente ilícito y su imputación

El hecho internacionalmente ilícito es representativo de la calidad de derecho positivo de las normas jurídicas internacionales y refleja la negación de la soberanía estatal como un absoluto. A efectos analíticos, el hecho internacionalmente ilícito surge a partir de normas primarias que establecen obligaciones positivas o negativas a cargo de un Estado, derivadas de disposiciones de tratados internacionales o de normas de *ius cogens*. De otro lado, las normas secundarias son aquellas reglas y principios que permiten atribuir o imputar la responsabilidad de un Estado y han sido desarrolladas, generalmente, a partir de la jurisprudencia de los órganos de garantía de tratados<sup>347</sup>.

Siguiendo el criterio expresado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA<sup>348</sup>, los elementos que componen el hecho internacionalmente ilícito son los siguientes:

- A. La realización de un acto u omisión que infrinja una obligación establecida por una norma de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto

---

<sup>347</sup> SFERRAZZA, Pietro. “Hecho ilícito internacional”, *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, No.13, 2017, p. 275.

<sup>348</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “Responsabilidad Internacional”, en SORENSEN, Max. (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, 1985, pp. 508-513.

u omisión y el Estado –o la persona, en lo relativo al DIDDHH– perjudicado por aquel.

**B.** El acto u omisión ilícita debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

**C.** Debe comprobarse la producción de un perjuicio o daño como consecuencia del acto u omisión ilícita.

En lo que importa a la justicia transicional, el acto u omisión relevante a efectos de determinar el hecho internacionalmente ilícito puede consistir bien en la ejecución activa de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cuando la violación de DDHH haya sido “cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial”<sup>349</sup>. Sin embargo, la responsabilidad estatal puede derivarse de la omisión de investigar, procesar y sancionar a los individuos responsables de aquellos delitos.

La responsabilidad estatal frente a graves violaciones de DDHH es de carácter *objetiva* y *unitaria*. Ello quiere decir que cualquier alegación tendiente a deslindar de responsabilidad del Estado porque el agente obró por cuenta propia o en extralimitación de sus competencias está destinada a fracasar. Esta postura fue adoptada por la Corte IDH desde su primera sentencia en el caso *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988) al manifestar que:

...esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno<sup>350</sup>.

En efecto, pensar que el Estado no compromete su responsabilidad cuando uno de sus agentes opera fuera de sus competencias legalmente atribuidas simplemente tornaría ilusoria la protección brindada por el Pacto de San José. En consonancia con lo

---

<sup>349</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Op. Cit, párr. 172.

<sup>350</sup> En palabras del Tribunal “el mencionado principio se adecúa perfectamente a la naturaleza de la Convención, que se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención”. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 171.

mencionado anteriormente, la responsabilidad por violaciones de DDHH es objetiva o estricta, es decir, no se requiere probar el móvil o intención del agente sino únicamente comprobar la infracción de derecho y el daño. Al respecto, la Corte IDH estimó que:

Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente...<sup>351</sup>

Pero el Estado no compromete su responsabilidad estatal solamente en aquellos casos en los que la lesión de derechos fundamentales sea ocasionada por un agente a su servicio. Por medio de su jurisprudencia constante, la Corte IDH ha indicado que, si la vulneración de DDHH es causada por un particular ajeno a la organización estatal, el Estado sigue siendo responsable por negligencia respecto de sus obligaciones convencionales. Esta tesis parte de la idea de que el Estado ocupa una posición de garante de los derechos de las personas y, por tanto:

...un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”<sup>352</sup>.

Cabe mencionar, sin embargo, que nos encontramos ante un modelo de auto-responsabilidad y no frente a una exigencia de responsabilidad vicarial pues el hecho ilícito es la falta de diligencia estatal<sup>353</sup>. En lo que respecta al tercer requisito listado, Claudio NASH advierte que un sector de la doctrina sostiene que el daño o perjuicio no es un elemento indispensable para el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. Para ello se respalda en la tesis del Relator de la Comisión de Derecho

---

<sup>351</sup> Ídem, párr. 173.

<sup>352</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 172.

<sup>353</sup> “...nos preguntamos si cualquier omisión del Estado en este sentido acarrea responsabilidad internacional. No parece que sea así. Más bien, atendido el desarrollo jurisprudencial, podríamos desprender que dicha responsabilidad se vincula con aquellos casos en que el Estado no actúa efectivamente ante situaciones de violaciones que obedezcan a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos, esto es, en aquellas situaciones en que la estructura del Estado no previene ni garantiza los derechos fundamentales”. NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte IDH (1988-2007)*, segunda edición, Andros Impresores, Chile, 2009, p. 30.

Internacional, Roberto AGO, que señaló en su Segundo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados que:

...sólo dos son los elementos necesarios para configurar responsabilidad internacional por actos ilícitos: comportamiento atribuible al Estado como sujeto del Derecho Internacional y la contravención de la norma. A juicio de la CDI, mantener como un requisito el “daño” forzaría a concluir que toda violación a las normas internacionales constituye de por sí un daño o perjuicio ya que es evidente que hay infracciones que no provocan ni daño ni siquiera afectación al honor o dignidad de los Estados contratantes<sup>354</sup>.

A pesar de lo mencionado, NASH ratifica que el daño permanece como un elemento relevante, especialmente, por su repercusión en lo tocante a la determinación de las reparaciones, bajo el entendimiento de que la proporcionalidad entre la reparación y el daño es un requisito para que aquella se considere indemnizatoria y no punitiva.

En otras palabras, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, determinar el daño es vital para ordenar la reparación bajo la consideración de que aquella no busca enriquecer a la víctima sino indemnizarle. En todo caso, resulta importante hacer notar que la Corte IDH puede declarar la responsabilidad internacional del Estado, aunque no se pueda verificar un daño concreto. Ello sucede, por ejemplo, cuando un Estado adopta medidas legislativas que claramente contradicen la letra y el espíritu de la CADH y que contravienen las obligaciones que derivan del artículo 2 del Pacto de San José de Costa Rica referente al deber de adaptar el derecho nacional al derecho internacional de los DDHH.

En ese sentido, la Corte IDH ha manifestado –paradigmáticamente en el ámbito de las auto amnistías y amnistías en blanco– que la “promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”<sup>355</sup>.

Otra excepción que resulta impropia tiene que ver con los cambios de gobierno (relevante para contextos de justicia transicional) o la división orgánica interna del

---

<sup>354</sup> NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte IDH (1988-2007)*, segunda edición, Andros Impresores, Chile, 2009, p. 30.

<sup>355</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Op. Cit, párr. 51.4. Este criterio se contraponen a uno anterior expresado en 1994 según el cual: “en el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley”. Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes contrarias a la convención*”, párr. 42.

Estado. En el ámbito del derecho internacional público, los sujetos por excelencia son los Estados. De allí, la consolidación del principio de unidad estatal por el cual la responsabilidad subsiste:

...con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron<sup>356</sup>.

### **3.2. El deber de prevenir violaciones de DDHH**

A partir de las consideraciones realizadas por VAN DER HAVE, el deber de prevenir violaciones de derechos fundamentales puede enfocarse desde la prevención de conflictos, donde se manifiesta como un principio organizativo del Estado, obligándolo a tomar medidas estructurales (un sistema judicial funcional, buen gobierno y la satisfacción de necesidades básicas) y medidas operacionales (como la diplomacia y los medios pacíficos de resolución de controversias entre Estados) que apuesten a una paz duradera<sup>357</sup>.

El deber de prevenir puede subdividirse conceptualmente en tres obligaciones concretas por las que un Estado debe adoptar medidas de prevención inmediata o de corto plazo (por ejemplo, poner al detenido de inmediato ante el juez); medidas para el cese de una violación de derechos que se mantiene en el tiempo (como el sometimiento de una persona a actos de tortura); y, medidas que tiendan a evitar que las violaciones de DDHH se repitan en el futuro (relacionadas al diseño institucional)<sup>358</sup>.

El deber de prevenir graves violaciones de DDHH consta en unos pocos tratados internacionales de forma expresa, por ejemplo, las convenciones contra el genocidio<sup>359</sup>, las desapariciones forzadas<sup>360</sup>, la tortura<sup>361</sup>, la segregación y el apartheid<sup>362</sup>. En todo

---

<sup>356</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 184.

<sup>357</sup> VAN DER HAVE, Nienke. *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law*, Springer, 2018, p.4.

<sup>358</sup> Ídem, pp.40-85.

<sup>359</sup> Cfr. Art. 1 de la *Convención para la prevención y sanción del Genocidio*, adoptada el 9 de diciembre de 1948 y en vigor desde el 12 de enero de 1951.

<sup>360</sup> Vid. La obligación se deriva del preámbulo de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada el 9 de junio de 1994, con entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.

caso, como veremos, ello no fue impedimento para que la Corte IDH lo incorpore como deber implícito por vía interpretativa a sus decisiones, al amparo de los artículos 1 y 2 de la CADH.

En su primera sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras (1988)*, la Corte IDH señaló que los Estados parte de la CADH tienen el deber jurídico de prevenir *razonablemente* las violaciones de DDHH, así como de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones cometidas bajo su jurisdicción.

En consecuencia, los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental así como todas las estructuras que canalizan el poder público “de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>363</sup>. Además, se ha destacado que la obligación de prevenir es “de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”<sup>364</sup>.

Entonces, podemos pensar la garantía sistémica de los derechos consagrados en la CADH como una vía para prevenir en el futuro situaciones de violencia masiva. Partiendo de ello, el Estado no tiene únicamente la obligación negativa de respetar los derechos de absteniéndose de vulnerarlos, también tiene una obligación positiva de “adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos”<sup>365</sup>. Como ha señalado el tribunal interamericano, el deber de prevenir graves violaciones de DDHH “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación”, sino que tiene que estar acompañado “de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> Vid. Art. 1 de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, con entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

<sup>362</sup> Obligación derivada del preámbulo de la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, abierta a la firma en de 30 de noviembre de 1973 y con entrada en vigor el 18 de julio de 1976.

<sup>363</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr.166.

<sup>364</sup> Ídem, párr.175.

<sup>365</sup> Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 111.

<sup>366</sup> Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142.

Pero, ¿cómo puede aplicarse el deber de prevenir graves violaciones de DDHH para la justicia transicional? Se trata de un cuestionamiento de difícil respuesta si se considera que la justicia transicional consiste en un conjunto de herramientas para afrontar violaciones de DDHH ya acontecidas. Sin embargo, los Estados que afrontan conflictos armados internos tienen el deber primordial de promover la paz y de esta forma *prevenir* la escalada del conflicto y nuevas vulneraciones de DDHH.

Lo mencionado arriba tiene íntima relación con las causas subyacentes al conflicto. Gran parte de la jurisprudencia de la Corte IDH se enfoca en reaccionar a las vulneraciones de DDHH, pero solamente desde la perspectiva de las víctimas directas que acuden al SIDH, insistiendo en la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, revelando la verdad de los hechos y reparando a los afectados. Si partimos, en cambio, desde la perspectiva de las víctimas indirectas<sup>367</sup>, el deber de prevenir violaciones de DDHH bien podría entenderse como el deber estatal de generar condiciones de bien común, que ha sido conceptualizado por la Corte IDH como:

...un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana<sup>368</sup>.

Continuando con la idea expuesta, el deber de prevenir, aplicado a la justicia transicional consiste, desde mi punto de vista, en crear un estado de cosas en el que se maximice el disfrute de DDHH en general y se reduzca objetivamente la posibilidad de su vulneración sistemática o masiva. Desde esta perspectiva, tanto los acuerdos de paz como las reparaciones transformadoras, son muestra del deber de prevenir violaciones de derechos fundamentales en el futuro y son relevantes a efectos de determinar el grado de deferencia de un tribunal internacional hacia un proceso de paz.

---

<sup>367</sup> Como advierten Rodrigo UPRIMNY y Diana GUZMÁN-RODRÍGUEZ “las víctimas en ese tipo de sociedades son entonces usualmente las personas más pobres, discriminadas y en situación de vulnerabilidad, y normalmente la victimización acentúa su pobreza y su vulnerabilidad”. Vid. UPRIMNY, Rodrigo y GUZMÁN-RODRÍGUEZ, Diana. “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No.17, 2010, p.243. Por tanto, podría enfocarse el deber de prevención de graves violaciones de DDHH, en las sociedades en transición, como una obligación de mejorar las condiciones democráticas y socioeconómicas para prevenir nuevas lesiones de derechos fundamentales.

<sup>368</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67.



### 3.3. El deber de investigar

Sin perjuicio de lo mencionado y siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando el deber de prevención falla, la obligación estatal persiste y se concreta en iniciar una investigación seria, que cumpla con parámetros de calidad internacionales, y que no responda a una simple formalidad, condenada de antemano a ser infructuosa<sup>369</sup>. Al tratarse de un deber jurídico propio del Estado, la investigación no debe depender del interés, iniciativa o impulso procesal de la víctima o sus familiares<sup>370</sup>, por supuesto, sin que ello implique su exclusión del proceso.

Es el deber estatal de investigación de graves violaciones de DDHH se encuentra, según la jurisprudencia del tribunal interamericano, profundamente relacionado con el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva de las víctimas, que se estudiará en detalle en la sección que sigue. Sin perjuicio de aquello, aquí se presentarán las directrices generales que todo Estado debe cumplir de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH.

En primer lugar, debe destacarse que el Estado está obligado a iniciar investigaciones de oficio desde que tienen “conocimiento del hecho”, y debe garantizarse una investigación dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas. Vale aclarar, en todo caso, que las autoridades nacionales no están eximidas, por el paso del tiempo, de “realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de su obligación de investigar”<sup>371</sup>. A pesar de lo dicho, esta es una obligación de medio o de comportamiento y, en consecuencia, no es incumplida “por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio”<sup>372</sup>.

Desde la perspectiva técnica, el Estado debe evitar la comisión de graves irregularidades, por ejemplo, la inadecuada manipulación de la prueba, los testimonios falsos o coaccionados, la omisión de líneas de investigación, faltas técnicas en los procedimientos de autopsia, entre otras. Ahora bien, no todo error en la investigación acarrea automáticamente el incumplimiento del deber de diligencia debida derivado de

---

<sup>369</sup> Corte IDH. *Caso Palma Mendoza y otros v. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247, párr. 84.

<sup>370</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177.

<sup>371</sup> Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 135.

<sup>372</sup> Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 176.

la convención, sino solamente aquellas que hayan podido influir de forma considerable en los resultados de la investigación<sup>373</sup>. Para cumplir con este requerimiento, el Estado debe equipar a sus autoridades con:

...los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas<sup>374</sup>.

En lo que concierne al ámbito subjetivo de la investigación penal debe ser completo para “la determinación de responsabilidades a aquellas personas que hubieran participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices”<sup>375</sup> en casos de graves violaciones de DDHH, así como en infracciones del DIH.

En concordancia, la Corte IDH ha considerado que solo puede considerarse efectiva una investigación que “se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación”<sup>376</sup>. Este requerimiento se concreta, en los denominados “casos complejos” –por ejemplo, la acción conjunta de agentes estatales y grupos paramilitares<sup>377</sup>– en “desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos”<sup>378</sup>.

Finalmente, el deber de investigar violaciones de DDHH –en este caso una desaparición forzada– persiste “mientras se mantenga incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida”, aún en el supuesto de que “circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a las personas que sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza”<sup>379</sup> puesto que los

---

<sup>373</sup> Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 186.

<sup>374</sup> Corte IDH. *Caso García Prieto y otros v. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 101.

<sup>375</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.291.

<sup>376</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 258.

<sup>377</sup> Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 124.

<sup>378</sup> Corte IDH. *Caso García y familiares v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 148.

<sup>379</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Op. Cit, pár. 173.

familiares de la víctima tienen un derecho subjetivo y autónomo a conocer cuál fue el destino de aquella y saber dónde se encuentran sus restos<sup>380</sup>.

### 3.4. El deber de adaptar el derecho interno

Cuando un Estado suscribe un tratado internacional como la CADH en ejercicio pleno de su soberanía acepta cumplir de buena fe las obligaciones que dimanen de aquel. Particularmente, los Estados se comprometen a cumplir lo pactado, aun cuando aquello resulte contrario a su normativa nacional, que en todo caso debe adaptarse al derecho internacional o bien ser derogada. El fundamento jurídico de una obligación como la reseñada se encuentra en el derecho internacional público general<sup>381</sup>.

Al revisar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 –con entrada en vigor en enero 27 de 1980– resalta el artículo 27 del mencionado instrumento, que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”. Si bien la norma transcrita se refiere al tratado, no sería sensato desconocer la labor interpretativa del texto por parte de los órganos legitimados para aquel fin. De lo dicho se sigue que los Estados no pueden invocar su derecho interno como justificación para incumplir el texto literal de un tratado ni tampoco la interpretación que haya realizado el intérprete autorizado de aquel<sup>382</sup>.

En relación a la CADH es importante mencionar que la obligación de adaptar el derecho nacional al derecho internacional surge del propio tratado. De esta manera, el artículo 2 de la CADH dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las

---

<sup>380</sup> Ídem, párr. 181.

<sup>381</sup> Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-7/86* de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 30.

<sup>382</sup> Desarrollando un principio del derecho internacional, la Corte IDH concluyó en el caso *Valencia Hinojosa y otra v. Ecuador* que “[El Estado] no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. [...] En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende [...] [su ordenamiento interno] en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección [frente a] violaciones de sus derechos humanos [...]”. Corte IDH. *Caso Valencia Hinojosa y otra v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párr. 74.

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Partiendo de lo dicho hasta aquí, la Corte IDH ha desarrollado una importante interpretación del artículo 2 de la CADH. Algunos de los desarrollos más relevantes consisten en asumir una potestad normativa ordenando a los Estados crear o enmendar derecho interno, ordenar la derogatoria de normas jurídicas locales<sup>383</sup> o bien declarar su nulidad sin necesidad de intermediación legislativa alguna<sup>384</sup>. Así, la obligación de adaptar el derecho nacional a la CADH es exigible desde que el Estado ratifica el tratado<sup>385</sup>.

En rigor, si bien la obligación estatal de adaptar el derecho nacional al derecho internacional nace con la ratificación del tratado, la Corte IDH ha precisado que los Estados gozan de un tiempo razonable para hacer efectivas las reformas normativas, bajo el entendimiento de que el proceso legislativo, propio de cualquier democracia consolidada, exige el agotamiento de un proceso deliberativo que demanda tiempo<sup>386</sup>. Aunque la adaptación del ordenamiento jurídico interno no constituye una obligación inmediata, un Estado no podrá excepcionarse alegando la necesidad de tiempo para efectuar la reforma cuando aquella no se haya producido dentro de un plazo razonable calificado por la Corte IDH<sup>387</sup>.

Para verificar la compatibilidad del ordenamiento jurídico nacional con el derecho de los tratados, la Corte IDH lleva a cabo el control de convencionalidad de oficio –sin necesidad de que la víctima impugne la normativa interna del Estado en el proceso ante el tribunal interamericano– debiendo precisarse que el control puede efectuarse en el

---

<sup>383</sup> Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 85.

<sup>384</sup> Aunque aquella práctica se limita a las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad en graves violaciones de DDHH, por lo que “carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación [...] ni para la identificación y el castigo de los responsables”. Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 44.

<sup>385</sup> Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 228.

<sup>386</sup> El tribunal interamericano ha indicado que “[e]s razonable entender que la adecuación del derecho interno a la Convención Americana [...] puede tomar al Estado cierto tiempo. Sin embargo, dicho tiempo debe ser razonable”. Cfr. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 108.

<sup>387</sup> Corte IDH. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 109.

procedimiento de opinión consultiva<sup>388</sup>, así como en el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte IDH, siempre que se trate de normas jurídicas de aplicación inmediata en un caso concreto sometido a su conocimiento y resolución<sup>389</sup>.

El artículo 2 de la CADH impone a los Estados el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, respetando el procedimiento constitucionalmente establecido, para garantizar la vigencia de los derechos y libertades garantizados en la convención. Esta obligación tiene dos vertientes. De un lado, implica “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención” que se cumple cuando se realiza efectivamente la reforma en cuestión. En su vertiente positiva, se trata de un mandato de optimización dirigido al legislador que consiste en “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>390</sup>.

En lo relativo al alcance de la norma convencional arriba señalada, la jurisprudencia de la Corte IDH es clara: ningún tipo de norma jurídica interna se encuentra exenta del control de convencionalidad. Ello ha conducido a que el tribunal interamericano solicite la reforma de la constitución de al menos dos Estados<sup>391</sup>, pero también la adopción, reforma o derogatoria de medidas legislativas, normas reglamentarias, políticas públicas e inclusive cambios institucionales, como ordenar la creación de comisiones de

---

<sup>388</sup> Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-14/94* de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 40.

<sup>389</sup> De esta forma, el tribunal interamericano ha señalado que la “competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención”. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 236. En cambio, si la norma en cuestión es una ley de aplicación inmediata, por ejemplo, una amnistía “la violación de los derechos humanos [...] se produce por el solo hecho de su expedición”. Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-14/94* de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 43.

<sup>390</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Op.Cit., párr. 145. Cfr. *Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133. párr. 87; *Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 100; y *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91 y 93.

<sup>391</sup>Cfr. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr.88; Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr 470.

búsqueda de personas<sup>392</sup> o dotar a una agencia encargada de la investigación de desapariciones forzadas de los recursos necesarios para cumplir su objeto<sup>393</sup>.

En relación al problema de la impunidad, la Corte IDH señaló en el caso *Trujillo Oroza v. Bolivia (2002)* que el Estado compromete su responsabilidad internacional en caso de no tipificar penalmente en su derecho interno crímenes relativos a graves violaciones de DDHH. En el caso concreto el tribunal interamericano manifestó que:

...la falta de tipificación de la desaparición forzada de personas ha obstaculizado el desarrollo efectivo del proceso penal que se sigue en Bolivia con el fin de investigar y sancionar los delitos cometidos en perjuicio de José Carlos Trujillo Oroza, permitiendo que se perpetúe la impunidad en este caso<sup>394</sup>.

Sumando a lo dicho, en el caso *Heliodoro Portugal v. Panamá (2008)*, la Corte IDH ha sido enfática en que tipos penales generales como el secuestro o el homicidio no resultan suficientes para abordar la complejidad de crímenes como la desaparición forzada de personas, especialmente, porque aquellos se encuentran sometidos a institutos como la prescripción, que impiden la satisfacción del así denominado derecho a la justicia de las víctimas<sup>395</sup>.

En lo correspondiente al desarrollo de políticas públicas que aborden el fenómeno de la impunidad, la Corte IDH instó al Estado en el caso *Anzualdo Castro v. Perú (2009)* a que adopte:

... [Las]políticas públicas que correspondan para determinar a las personas desaparecidas durante el conflicto interno y, en su caso, identificar sus restos a través de los medios técnicos y científicos más eficaces y, en la medida de lo posible y científicamente recomendable, mediante la estandarización de los criterios de investigación. Para ello, el Tribunal considera conveniente que el Estado establezca, entre otras medidas por adoptar, un sistema de información genética que permita la

---

<sup>392</sup> Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 183.

<sup>393</sup> Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 173.

<sup>394</sup> "...Finalmente, la Corte toma en cuenta lo indicado por Bolivia en el sentido de que el proyecto de ley que se encuentra en el Congreso de Bolivia ha sido aprobado en primer debate por la Cámara de Diputados y sigue su trámite normal. Sin embargo, este Tribunal estima procedente la solicitud de que se ordene al Estado tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno y considera que esta reparación sólo se debe tener por cumplida cuando el proyecto se convierta en ley de la República y ésta entre en vigor, lo cual deberá efectuarse en un plazo razonable a partir de la notificación de la presente Sentencia". Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas), párrs. 97-98.

<sup>395</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal v. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 183.

determinación y esclarecimiento de la filiación de las víctimas, así como su identificación<sup>396</sup>.

Además, se verifica que cuando la Corte IDH realiza el control de convencionalidad de las normas legales de un Estado, especialmente en el caso de las amnistías, el tribunal adopta un estándar exigente a fin de valorar su compatibilidad con la CADH. A manera de ejemplo, en el caso de la *Comunidad Moiwana v. Suriname (2005)*, la Corte IDH analizó una ley de amnistía adoptada en 1989 que si bien excluía expresamente a los crímenes de lesa humanidad del ámbito de la amnistía, no los listaba explícitamente sino que se limitaba a indicar que se trataba de “aquellos crímenes que, de conformidad con el derecho internacional, se encuentran clasificados como tales”<sup>397</sup>.

El caso se trataba, efectivamente, de una serie de graves violaciones a DDHH que constituían crímenes internacionales. En esta ocasión la Corte IDH no anuló la amnistía, pero indicó que aquella no era aplicable a los hechos del caso que debían ser investigados y sancionados por parte del Estado<sup>398</sup> y ordenó que este remueva todos los obstáculos de facto o de iure para lograr ese objetivo<sup>399</sup> en consideración de que la vigencia de la amnistía creó un ambiente de impunidad en la sociedad y, especialmente, en los funcionarios<sup>400</sup>. Sin embargo, es necesario recalcar que no se ejerció control de convencionalidad sobre la amnistía en cuestión, ni el fallo tuvo efectos generales. Siguiendo el criterio de DONDÉ MATUTE:

...la argumentación de la Corte IDH es muy pobre. En estos párrafos se aplica el razonamiento genérico derivado de la obligación de investigar, procesar y sancionar, sin analizar concretamente la ley en cuestión. De los hechos se desprende que había suficientes elementos como para establecer que se trataba de una auto-amnistía, por el poder de facto que todavía tenía la junta militar en Surinam. También se pudo haber razonado algo en torno a la exclusión de crímenes de lesa humanidad del alcance de dicha ley...<sup>401</sup>.

---

<sup>396</sup> Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro v. Perú*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 189.

<sup>397</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), párr. 86.39

<sup>398</sup> Ídem, párrs. 165-167.

<sup>399</sup> Ídem, párr. 207.

<sup>400</sup> “Moiwana ’86 solicitó al gobierno que rechazara la ley de amnistía que se adoptó en 1992, porque consideraron que era un medio para legalizar la impunidad. El testigo también cree que la ley misma afectó negativamente la actitud de la policía para investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas en el período que va desde 1985 hasta 1992-93, que son los años que se encuentran cubiertos por la ley.” Ídem, párr.80.

<sup>401</sup> DONDÉ MATUTE, Javier. “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte IDH”; en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (editores), *Sistema*

Sin duda alguna, la Corte IDH perdió una importante oportunidad para clarificar su postura en relación a las leyes de amnistía. Adhiriendo al criterio de DONDÉ MATUTE, la Corte IDH contaba con los elementos necesarios para realizar un análisis similar al efectuado en el caso *Barrios Altos v. Perú (2001)* y determinar que la norma se trataba de una auto amnistía pese a excluir de su ámbito de aplicación la categoría de crímenes de lesa humanidad por el déficit en sus credenciales democráticas al haber sido expedida durante el régimen militar que gobernó el país<sup>402</sup>.

Al no haberlo hecho, el tribunal deja ver una inconsistencia en su jurisprudencia pues parecería ser que las auto-amnistías no serían una violación autónoma a la CADH, sino en la medida de que por su tenor literal, interpretación judicial o aplicación práctica impliquen el perdón de crímenes proscritos por el DPI.

Por supuesto, aquello no resulta persuasivo ya que la CADH tutela también los derechos de participación política, especialmente, el de participar en asuntos públicos directamente o a través “representantes libremente elegidos”<sup>403</sup>. De tal forma, no resulta sencillo explicar, por ejemplo, por qué es importante destacar en el caso *Barrios Altos v. Perú (2001)* que se trata de una auto-amnistía y, por otro lado, omitir el mismo análisis en casos análogos.

Finalmente, cabe destacar la más reciente e importante innovación de la Corte IDH en aplicación del artículo 2 de la CADH. Se ha visto que el tribunal interamericano ha condenado a Estados por adoptar leyes (paradigmáticamente amnistías) que vulneran los

---

*Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Alemania, 2010, p. 281.

<sup>402</sup> De hecho, la CIDH expresó en 2012 “su profunda preocupación con respecto a la legislación sobre amnistía aprobada por el Parlamento de Suriname el 5 de abril de 2012. Mediante esta legislación se busca consolidar la inmunidad por violaciones de derechos humanos cometidas durante la era militar (1982-1992) en Suriname y eliminar la excepción en la Ley de Amnistía de 1992 que se aplica a delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra”. CIDH, comunicado de prensa “*CIDH expresa preocupación por la legislación sobre Amnistía en Suriname*”, 13 de abril de 2012. Disponible en (último acceso 16/04/2018):

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/038.asp>

<sup>403</sup> No se comprende porque se desatienden los criterios que el propio tribunal interamericano sentó en la década de los ochenta. “En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común”. Corte IDH. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 32.



derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, así reconocidos por la Corte IDH.

También se ha anotado la posibilidad de que la Corte IDH ordene la tipificación de determinados delitos o la implementación de determinadas políticas públicas y otras medidas a efectos de combatir la impunidad. Sin embargo, hasta ahora, nunca se había utilizado el control de convencionalidad como mecanismo preventivo.

En una decisión reciente sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencia dentro del *caso de Los miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala (2019)*, la Corte IDH ordenó que el Congreso Nacional de Guatemala se abstenga de ejercer su potestad legislativa por considerar que un proyecto de ley<sup>404</sup> era violatorio de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar derivadas de sendas sentencias expedidas por el tribunal:

De este modo, la Corte concluye que se configura una situación grave, urgente e irreparable ya que de convertirse en ley el proyecto antes mencionado habría un incumplimiento grave por parte de Guatemala respecto del caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal y otros 13 casos que se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia (supra Considerandos 35, 36 y 50), al hacer ilusorio el acceso a la justicia de las víctimas ya que se estaría creando un mecanismo de impunidad estructural respecto de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y genocidio, cuestión que además contraviene abiertamente la jurisprudencia reiterada de esta Corte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos<sup>405</sup>.

De conformidad con todas las anteriores consideraciones y de acuerdo a las facultades que le otorga el artículo 63.2 de la Convención Americana, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los 14 casos indicados en el Considerando 50, la Corte requiere al Estado que interrumpa el trámite legislativo de la iniciativa de ley 5377 que pretende reformar la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 concediendo una amnistía para todas las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, y la archive<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> La Corte constata que la “Iniciativa de ley” 537723, que “dispone aprobar reformas al Decreto número 145-96 del Congreso de la República, Ley de Reconciliación Nacional”, pretende, *inter alia*, derogar el referido artículo 8 de la Ley de Reconciliación Nacional y declarar “la amnistía o extinción total de la responsabilidad penal” por todos los delitos cometidos “en el enfrentamiento armado interno”. Vid. Corte IDH. *Caso de los miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala*. Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 12 de marzo de 2019, párr. 34.

<sup>405</sup> Ídem, párr. 52.

<sup>406</sup> Ídem, párr.54.

Resumiendo lo visto hasta aquí y haciendo énfasis en la justicia transicional, un Estado sujeto a la jurisdicción de la Corte IDH debe abstenerse de adoptar leyes que vulneren los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y la reparación – paradigmáticamente amnistías– toda vez que impiden la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de graves violaciones de DDHH.

En relación al artículo 2 de la CADH, pueden conceptualizarse tres funciones para la Corte IDH: la (I) preventiva, (II) reactiva y (III) la resarcitoria. Desde mi perspectiva, la primera función se manifiesta bien en el ejercicio del procedimiento consultivo, en el procedimiento de medidas provisionales o en el procedimiento de supervisión de sentencias, cuando la Corte IDH exhorta a un Estado para que no adopte una medida concreta.

La segunda función de la Corte IDH en relación al artículo 2 de la CADH, la reactiva, se manifiesta cuando el tribunal interamericano declara la inconvencionalidad de una norma de derecho interno en el marco de un procedimiento contencioso, bajo el entendimiento que la lesión a los derechos fundamentales de la víctima ya se ha materializado.

Finalmente, la función resarcitoria –quizá la más interesante de todas– se manifiesta como un *remedio estructural hacia un colectivo indeterminado de víctimas de violaciones de DDHH similares a las presentadas en el caso concreto*. En la medida en que la transformación del derecho local permite iniciar acciones judiciales para conocer la verdad de los hechos y obtener reparaciones por parte del Estado como directas del autor del delito, es posible concebir aquella como un medio de reparación, máxime cuando transmite un reconocimiento moral importante a favor de las víctimas.

### **3.5. Los derechos de las víctimas**

El apartado que sigue a continuación tiene como objeto reseñar los derechos de las víctimas de graves violaciones de DDHH conforme los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH. En primer lugar, se estudia el derecho a conocer la verdad, que puede enfocarse tanto desde la perspectiva individual o colectiva. La víctima directa y sus familiares tienen derecho, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, a conocer los pormenores de todos los hechos de la lesión de derechos fundamentales de un ser

querido o familiar. Así mismo, en contextos de justicia transicional, este derecho se transforma en una obligación estatal para con la sociedad toda, cuyo fin último es consolidar el Estado de Derecho como condición para avanzar hacia el futuro.

Posteriormente, se analiza el derecho a la justicia –bajo la previsión normativa contenida en el artículo 8.1 CADH– y se explica como aquellas garantías, inicialmente pensadas como un estatuto para el acusado, se transformaron por condiciones históricas del continente americano en un estatuto para garantizar la tutela judicial efectiva de la víctima<sup>407</sup>. Al igual que el derecho a la verdad, el derecho a la justicia debe, siguiendo lo dicho por la jurisprudencia de la Corte IDH, ser satisfecho por medio de la acción penal pública.

En tercer lugar, se estudia la jurisprudencia sobre reparación a las víctimas de violaciones de DDHH por parte de la Corte IDH. A partir de aquí, se realizan consideraciones críticas sobre la profunda tensión entre los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación en contextos de transición y se plantean alternativas compatibles con la CADH.

### **3.5.1. El derecho a la verdad**

Uno de los principales objetivos de la justicia transicional consiste en revelar la verdad de los hechos acontecidos para satisfacer a las víctimas directas e indirectas de los crímenes masivos o sistemáticos cometidos en el pasado. De esta manera, se busca sentar las bases para el restablecimiento del Estado de Derecho –que mal podría construirse sobre una mentira– y, además, sentar en la memoria nacional e internacional una realidad histórica que evite ejercicios negacionistas o revisionistas que, eventualmente, puedan poner en jaque nuevamente a la democracia y el respeto de los derechos de las personas.

Con este objeto, la jurisprudencia del SIDH ha ido delineando a lo largo de los años un derecho de carácter *individual*, pero también *colectivo*, conocido como el derecho a la verdad con la cual fundamenta la creación de mecanismos de investigación de patrones

---

<sup>407</sup> El artículo 8.1. de la CADH dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El énfasis es añadido.

de violencia masiva<sup>408</sup>. Esta contextualización no es banal si se considera, por ejemplo, que en el sistema europeo de protección de DDHH el derecho colectivo a la verdad no existe como tal, sino que se tutela por intermedio del derecho al acceso a la información pública según ha destacado LÓPEZ GUERRA<sup>409</sup>. Ello comporta consecuencias relevantes pues el Estado no está en la obligación de *crear información*, sino que tan solo debe abstenerse de destruirla y facilitarla a quien la solicite.

En todo caso, la jurisprudencia del tribunal interamericano ha considerado que el derecho innominado a la verdad, como todo derecho, comporta una obligación de garantía por parte del Estado. Como se comentará más adelante, según la jurisprudencia de la Corte IDH, esta obligación estatal persigue fines colectivos y exige medidas institucionales.

El origen del derecho a la verdad se puede rastrear en el derecho que asiste a las familias para conocer la suerte de sus miembros, tal como se sigue del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 del año 1977. Además, un antecedente inmediato del derecho a la verdad se colige a partir de la obligación del derecho

---

<sup>408</sup> “El Tribunal considera que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, *con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Además, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica*, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad”. Vid. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 119. Cursiva añadida.

<sup>409</sup> Mientras que el derecho a la verdad, en la jurisprudencia interamericana es actualmente un derecho autónomo y obliga a la investigación para la posterior revelación de los hechos, el TEDH ha señalado que: “no resulta de sus mandatos la existencia de un derecho autónomo, separado del derecho de las víctimas, a que se efectúe una investigación adecuada sobre los hechos”. Ese derecho “se incluiría dentro de la dimensión procesal de los derechos sustantivos alegadamente violados ... y la legitimación para acudir al Tribunal, pertenecería a las víctimas directas o indirectas de esas violaciones”. En todo caso, el TEDH sí ha reconocido, al amparo del artículo 10 del CEDH (derecho a informar y ser informado), que los Estados no pueden destruir u ocultar información relativa a graves violaciones de DDHH. Por ese motivo, terceros, es decir, “sujetos especialmente cualificados” como los medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales podrían iniciar una acción en caso de lesión de este derecho. En todo caso, la acción de estos terceros no estará dirigida a la investigación, juzgamiento y sanción, que sigue siendo un derecho procesal de la víctima. Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis. “El derecho a la verdad:¿ la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?.” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 22, 2018, pp. 25-29.

internacional humanitario consistente en que los Estados parte de un conflicto armado deben buscar a las personas con el estatus de desaparecidos<sup>410</sup>.

El derecho a la verdad ha recibido acogida también por parte de la ONU. La Asamblea General de la organización dictó la resolución 60/147 sobre los principios y directrices básicos para víctimas de graves ilícitos internacionales. En este documento la Asamblea General de la ONU recalcó que:

...las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones<sup>411</sup>.

Merece destacarse el informe anual de la CIDH correspondiente al período 1985-1986 en el que se reconoció expresamente que “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”<sup>412</sup>. Además, la CIDH señaló también que:

Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que – claro está– deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias<sup>413</sup>.

En particular, los principios de la lucha contra la impunidad también aluden al derecho a la verdad –aunque bajo la denominación del “derecho a saber”– e imponen al Estado un deber colectivo consistente en recordar “la historia de su opresión” pues aquella “forma parte de su patrimonio” debiendo “preservar los archivos y otras pruebas relativas a

---

<sup>410</sup> De hecho, la norma 117 del derecho internacional consuetudinario dispone que “las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto”. Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, (Vol.1), Normas, 1ª ed., Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, p.42.

<sup>411</sup> Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados el 16 de diciembre de 2005, principio X.

<sup>412</sup> CIDH, Informe anual, 26 septiembre 1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 Rev. 1, capítulo V.

<sup>413</sup> Ídem.

violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones”<sup>414</sup>.

Como sugiere NAVQUI, el propósito de satisfacer el derecho a la verdad es doble. Por un lado, en períodos posteriores a conflictos armados o de tensión política, la verdad tiende a ayudar a las sociedades a comprender las causas subyacentes de los conflictos. Así mismo, en el ámbito individual de la víctima, conocer la verdad produciría una “sensación reconfortante de final, permitiría a las víctimas recuperar su dignidad y facilitaría vías de recurso y reparación por las violaciones de sus derechos y/o por la pérdida sufrida”<sup>415</sup>.

De forma similar, Farid BENAVIDES presenta una reflexión en el sentido de que la tendencia natural de la justicia transicional moderna es el perdón y la reconciliación social. Sin embargo, como menciona el autor colombiano, para perdonar se necesita saber primero a quién y qué es lo que se perdona. Por tanto, el fundamento del derecho a la verdad tiene matices no sólo jurídicos sino también morales y prácticos<sup>416</sup>.

Pero, ¿cómo satisfacer el derecho a la verdad? Durante el capítulo I se analizó el desarrollo genealógico de la justicia transicional y se aludió a la transición política sudafricana. Efectivamente, se trata de uno de los casos más emblemáticos de lo que se ha entendido como la segunda etapa de la justicia transicional, precisamente, por la implementación de una comisión de la verdad con un poder único en la historia: el dictado de amnistías individuales<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> Comisión de Derechos Humanos ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Informe elaborado por Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1 del 8 de febrero de 2005, principio 3.

<sup>415</sup> NAVQUI, Yasmin. "El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?" *International Review of the Red Cross*, No. 862, 2006, p.6.

<sup>416</sup> BENAVIDES VANEGAS, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011, p.43.

<sup>417</sup> En criterio de HAYNER, “el modelo sudafricano de amnistía por la verdad es muy poco usual y, a decir verdad, inadecuado e inviable en la mayoría de los contextos. Después de todo, es poco probable que se acepte el ofrecimiento de una amnistía a cambio de una revelación total y pública de la verdad, a menos que exista una amenaza real de enjuiciamiento de esos crímenes. Cada nueva comisión de la verdad debe tomar en cuenta la realidad y las posibilidades de su entorno particular”. Vid. HAYNER, Priscilla. "Comisiones de la verdad: resumen esquemático", *International Review of the Red Cross*, (Vol.862), 2006, p.2.

Ha sido Priscilla HAYNER quien se ha dedicado al estudio de las comisiones de la verdad de la forma exhaustiva<sup>418</sup>. Como voz autorizada en la materia, da luz sobre las características esenciales de las comisiones de la verdad, que han sido los mecanismos por excelencia para el descubrimiento de la verdad:

Por lo general, esos organismos se establecen por un período de tiempo corto, de uno a tres años en promedio, y pueden emplear a cientos de personas para recoger testimonios individuales, organizar audiencias públicas y efectuar investigaciones de casos y estudios temáticos. A algunas se les ha atribuido el poder de citación o el derecho a acceder a oficinas y documentos oficiales sin previo aviso<sup>419</sup>.

Empero, la experiencia demuestra que también es común que las comisiones de la verdad se encuentren sometidas a condicionamientos que les impiden cumplir cabalmente con su misión. Por ejemplo, en ciertos casos las comisiones de la verdad están sujetas a la colaboración voluntaria de funcionarios de alto nivel de gobierno o, inclusive, a la colaboración voluntaria de los sospechosos de graves violaciones de DDHH.

Las funciones de una comisión de la verdad pueden ser variadas, por ejemplo, que la información recabada por aquella sea posteriormente utilizada por la justicia; o bien, servir como mecanismo sustitutivo del sistema judicial. Esto último puede ocurrir por varios motivos, siendo el más común que la institucionalidad se encuentre debilitada al punto de que la justicia no pueda asumir la tarea de procesamiento<sup>420</sup>.

De otro lado, también podría utilizarse una comisión de la verdad para iniciar procesos de justicia restaurativa y el otorgamiento de beneficios penales que, de una forma u otra, disminuyan la agobiante tarea del sistema judicial. La utilidad de las comisiones de la verdad no se limita necesariamente a la construcción de un relato colectivo de violaciones masivas o sistemáticas de DDHH, sino que pueden brindar insumos para el cambio institucional, al ser auténticas sedes donde las personas pueden denunciar el mal

---

<sup>418</sup> HAYNER, Priscilla. *Verdades Innombrables: el reto de las comisiones de la verdad*. Fondo de Cultura Económica de España, 2009.

<sup>419</sup> Vid. HAYNER, Priscilla. "Comisiones de la verdad: resumen esquemático", *International Review of the Red Cross*, (Vol.862), 2006, p.1.

<sup>420</sup> Dejando de lado por un momento las comisiones de la verdad, es interesante aludir a los *juicios por la verdad* que se llevaron a cabo en Argentina en 1988. Se trató de juicios penales cuyo único propósito era el descubrimiento de los hechos, sin posibilidad de imponer una pena. Una crítica elocuente a estos procesos, que son demostrativos de la incapacidad del Estado para investigar, juzgar y sancionar, puede encontrarse en PASTOR, Daniel. "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina." *Revista General de Derecho Procesal*, No. 22, 2010, pp. 1-42.

funcionamiento del aparataje estatal. En este contexto, BENAVIDES destaca que las comisiones de la verdad pueden:

...hacer recomendaciones para que los hechos no se repitan. En esta medida, las comisiones son instrumentos adecuados de transformación, al servir de puente para que ciertas instituciones del Estado sean reformadas y para que ciertas personas no puedan formar parte del gobierno o de las instituciones del Estado, como la judicatura o las fuerzas armadas<sup>421</sup>.

Adicionalmente, una comisión de la verdad podría estar patrocinada por organismos internacionales, como la comisión de la verdad de El Salvador que fue creada y financiada por la ONU; o, ser de iniciativa local y de financiamiento propio. Como queda claro, no existe un único modelo de comisión de la verdad ni tampoco una única metodología para su funcionamiento. Sin embargo, dadas las características de los conflictos que abordan, su trabajo suele plasmarse en un informe final que da cuenta de la violencia colectiva durante un período determinado, sin señalar responsabilidades concretas de individuos, ni casos en particular.

Como advierte Farid BENAVIDES, no existe una conexión necesaria entre verdad, perdón (que es un concepto moral y personalísimo) y reconciliación (que es un concepto socio-político). Es decir, no por el hecho de conocer la verdad del delito la víctima propenderá naturalmente al perdón del ofensor. Sin embargo, sí existe relación necesaria en sentido inverso: la víctima no puede perdonar al autor si no conoce su identidad. Así mismo, las comisiones de la verdad por sí solas no tienen un efecto preventivo –o al menos sería difícil probar empíricamente–, sin embargo, la revelación de la verdad es en sí misma valiosa, más allá de cualquier cálculo utilitario. Como insiste el autor colombiano, el “reconocimiento de la verdad sí tiene un efecto dignificante para las víctimas y contribuye a la visibilidad de su sufrimiento”<sup>422</sup>.

Los principios de lucha contra la impunidad, a pesar de ser un instrumento de *soft law*, tienen una importante influencia en el diseño de políticas y procesos de transición pues funcionan como un primer límite a las estrategias de verdad desde el Estado. En casos

---

<sup>421</sup> BENAVIDES VANEGAS, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011, p.46-47.

<sup>422</sup> Ídem, p.46.



de graves violaciones de DDHH y crímenes de guerra, no es posible intercambiar la verdad por la inmunidad penal. De acuerdo al documento:

...el hecho de que el autor revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo. La revelación sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad<sup>423</sup>.

A lo dicho hay que añadir que en la práctica las políticas de arrepentimiento suelen conllevar problemas importantes desde la perspectiva del derecho penal. Por ejemplo, si se ofrece rebajas en la condena por revelar nombres y circunstancias de hechos delictivos, existe la posibilidad de que un tercero involucrado, buscando su propio beneficio, mienta. Dado lo complicado de corroborar los dichos del confesor –por ejemplo, por el paso del tiempo y la ausencia de pruebas– y en aras de construir “una verdad” y lograr otros objetivos deseables –como el desarme o la deserción de grupos ilegales– es posible que se terminen concediendo indebidamente beneficios penales. Esta problemática no pasa desapercibida para Leigh PAYNE que ha señalado que aquellos testimonios:

...no suelen ser la verdad de lo ocurrido, puesto que son siempre versiones interesadas, que ocultan ciertos aspectos, redimensionan otros, buscan justificar las atrocidades o minimizan su impacto. Incluso, las versiones que pretenden ser más honestas, aquellas de los arrepentidos, no escapan de esas limitaciones. Y por ello las confesiones de los victimarios no cierran el debate sobre lo ocurrido, ni generan consenso, ni tranquilizan a las víctimas o a sus familias<sup>424</sup>.

Si bien existe un amplio debate sobre si la verdad procesal –en efecto, el proceso penal se encuentra cargado de límites epistemológicos y normativos para aquella titánica tarea<sup>425</sup>– y la verdad histórica que produce una comisión de la verdad son excluyentes e

---

<sup>423</sup> *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add. 18 de febrero de 2005, vid. principio #28.

<sup>424</sup> Citada por BENAVIDES VANEGAS, *La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de justicia transicional de Colombia*, Tesis doctoral UPF, 2015, p. 257.

<sup>425</sup> Como ha defendido PASTOR, “el proceso penal no puede averiguar cualquier cosa. Hace falta una hipótesis de investigación que sólo puede estar determinada por las circunstancias de la ley penal: el proceso penal únicamente es apto para llevar a cabo un conocimiento semántico de la verdad orientado por la predeterminación, por parte de la norma penal (principio de estricta legalidad), de aquello de lo que se hablará en el proceso. Así pues, este modelo epistemológico no es apto para saber qué sucedió efectivamente y con todo detalle en el pasado, sino sólo para verificar precariamente las condiciones que habilitan a condenar a un culpable por la comisión de un delito”. Vid. PASTOR, Daniel. “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina.” *Revista General de Derecho Procesal*, No. 22, 2010, p. 14.

inadecuadas para contextos de justicia transicional, es posible y sumamente necesario combinar ambos modelos para reconstruir de la manera más aproximada posible los hechos relevantes tanto desde la perspectiva penal como social. Como se analizará a continuación, la jurisprudencia de la Corte IDH es diáfana al respecto.

Lo primero que ha de destacarse es que el derecho a la verdad no tiene un fundamento literal en la CADH. En el caso *Castillo Páez v. Perú (1997)*, la CIDH solicitó por primera vez a la Corte IDH que declarara expresamente la responsabilidad internacional del Estado por haber violentado el “derecho a la verdad”<sup>426</sup>. En su fallo, el tribunal consideró que aquel derecho “no existe en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial”<sup>427</sup> y se conformó con reafirmar la obligación general de investigar los hechos que produjeron las violaciones de DDDHH<sup>428</sup>.

Unos años más tarde, en el caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala (2000)*, la Corte IDH reconoció de forma expresa este derecho, aunque vinculando el mismo al derecho de acceso a la justicia. En ese contexto, la Corte IDH afirmó que el derecho a la verdad “se encuentra subsumido en el derecho de la víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes” por medio de la investigación, procesamiento y juzgamiento de los responsables<sup>429</sup>.

Podría decirse que el primer hito jurisprudencial del derecho a la verdad en el ámbito interamericano es la sentencia *Velásquez Rodríguez v. Honduras (1988)*, en la que se reconoce “un derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”<sup>430</sup>. Posteriormente, en el caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil (2010)*, la Corte IDH da un paso más al vincular la verdad con el derecho de buscar y recibir información reconocido en el

---

<sup>426</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Páez v. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo), párr. 34.

<sup>427</sup> Ídem, párr.86.

<sup>428</sup> Ídem, párr.90

<sup>429</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), párr. 201.

<sup>430</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181.

artículo 13 de la CADH, lo que implicó una expansión en cuanto su alcance y una variación en cuanto su fundamento<sup>431</sup>.

En la actualidad, y desde la sentencia del caso *Ximenes Lopes v. Brasil (2002)*, la Corte IDH ha venido reconociendo que el conocimiento de la verdad de los hechos en violaciones de derechos humanos que “es un derecho inalienable”<sup>432</sup>. En relación a las reclamaciones fundadas en las garantías del recurso efectivo y del deber de investigar, se considera que un Estado cumple sus obligaciones internacionales “sólo si se esclarecen todas las circunstancias de las violaciones de que se trata”<sup>433</sup>.

Este derecho inalienable a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son la víctima y sus familiares, así como una dimensión colectiva, dirigida a la sociedad en general, en la que la verdad es un mecanismo de prevención de lesiones futuras a los DDHH<sup>434</sup>. En ese sentido, la Corte IDH suele ordenar medidas como disculpas públicas, la publicación de los procesos de investigación o la adopción de medidas simbólicas como la construcción de monumentos. En resumen, como destaca la propia jurisprudencia del tribunal, la verdad se concibe también como reparación<sup>435</sup>.

Ahora bien, si bien la jurisprudencia interamericana ha refrendado el carácter autónomo y colectivo del derecho a la verdad, es importante destacar que aquel es indisociable, a efectos puramente prácticos, del proceso y del derecho al acceso a la justicia – especialmente penal– como se explica a continuación.

### **3.5.2. El derecho a la justicia**

De acuerdo a la Corte IDH, el denominado derecho a la justicia tiene fundamentos tanto en el artículo 25 como en el artículo 8.1 de la CADH. Por un lado, la convención garantiza a las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte el “derecho a un

---

<sup>431</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 201

<sup>432</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 245.

<sup>433</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr.75.

<sup>434</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 388. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 259.

<sup>435</sup> Corte IDH. *Caso Garibaldi v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 167

recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”. En concordancia con lo anterior, el artículo 8.1 del Pacto de San José contempla una serie de garantías judiciales –por cierto, de forma mucho más amplia que el artículo 6.1 del CEDH<sup>436</sup>– que incluyen el derecho a ser oído, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, que haya sido establecido con anterioridad por la ley, para “la determinación de sus derechos y obligaciones” de cualquier orden<sup>437</sup>.

Desde la perspectiva de la víctima, que es la que ahora interesa, vale precisar que la Corte IDH ha indicado que las garantías judiciales del artículo 8.1 de la CADH obligan al Estado a proporcionar el acceso a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la obligación general prevista en el artículo 1 del Pacto de San José, consistente en “garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”<sup>438</sup>.

Además, el tribunal interamericano ha indicado que el acceso a la tutela judicial efectiva es un pilar básico del “Estado de Derecho en una sociedad democrática”<sup>439</sup>. Partiendo de la premisa del derecho al acceso a la tutela judicial, la Corte IDH estableció desde su primera sentencia que la inexistencia del debido proceso legal puede originar una excepción a la regla del previo agotamiento de los recursos internos como requisito competencial para acceder a la tutela del SIDH.

En otras palabras, si un Estado no garantiza estructuralmente un debido proceso legal, una víctima de lesión de DDHH podría acudir directamente ante la CIDH y la Corte

---

<sup>436</sup> El CEDH limita las garantías del proceso equitativo a litigios sobre derechos u obligaciones de carácter civil y penal mientras que la CADH lo garantiza para litigios de cualquier orden. Si bien el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia expansionista de estos dos conceptos, siguen existiendo límites importantes que no se aprecian, a priori, en la jurisprudencia interamericana. Al respecto, vid. SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *Procesos constitucionales y garantías convencionales. La aplicación del artículo 6.1. del CEDH a la jurisdicción constitucional*. Estudios Constitucionales, CEPC, Madrid, 2018, pp. 41-54.

<sup>437</sup> Corte IDH. “*Excepciones al agotamiento de los recursos internos*” (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28

<sup>438</sup> Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 86

<sup>439</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Rosero v. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 65.

IDH<sup>440</sup>. Otro posible remedio frente a la ausencia de un “procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del debido proceso legal”, consiste en la anulación de la sentencia y el proceso, siendo obligación del Estado llevar, dentro de un plazo razonable, un nuevo proceso con todas las garantías convencionales<sup>441</sup>.

El contenido normativo de las garantías previstas en el artículo 8.1. CADH es sumamente amplio. Por ello, me limitaré a mencionar aquellos aspectos que considero más relevantes para casos de violaciones masivas o sistemáticas de DDHH y el contexto de la justicia transicional. En primer lugar, las garantías judiciales implican la *prohibición de obstrucción de justicia*, que puede manifestarse en la falta de colaboración en el proceso, el ocultamiento o la destrucción de pruebas por parte de agentes estatales<sup>442</sup>.

También se obstruye la justicia cuando el Estado intimida activamente a la población para que no presenten denuncias sobre violaciones de DDHH<sup>443</sup> y cuando el Estado utiliza sus poderes de policía para mantener bajo confidencialidad documentos sobre estos hechos. En ese sentido, la Corte IDH ha indicado en decenas de sentencias que:

...las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes<sup>444</sup>.

Otra forma de obstrucción de justicia que ha sido sancionada por la Corte IDH consiste en el acoso a funcionarios policiales y judiciales en el ejercicio de sus funciones. Por ello, el tribunal interamericano ha manifestado que el Estado, para garantizar el debido proceso, debe “proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares

---

<sup>440</sup> Vid. Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91; Corte IDH. Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90, Corte IDH. Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 95, Corte IDH. Caso *19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 200.

<sup>441</sup> Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 221.

<sup>442</sup> Corte IDH. Caso *Las Palmeras v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 57.

<sup>443</sup> El tribunal interamericano señaló que los Estados no deben “aterrorizar e intimidar a la población con el propósito de evitar la denuncia de hechos violatorios de derechos humanos”. Corte IDH. Caso *Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 177.

<sup>444</sup> Por todos, Corte IDH. Caso *Maldonado Vargas y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 89.

de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos”<sup>445</sup>.

Como se ha podido verificar, la Corte IDH concibe el derecho a la verdad como resultado del derecho al proceso. En ese sentido, “los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que desconozcan [las] garantías [del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz] incurren en una violación de [esta norma]”. Ha sido jurisprudencia constante, como se indicó ya en el capítulo II, que las amnistías lesionan el derecho al recurso efectivo y las garantías jurisdiccionales de las víctimas<sup>446</sup>.

Es necesario acotar que el derecho a la justicia se ejercita, en criterio del tribunal interamericano, inexorablemente a través del ejercicio de la acción penal. Sobre este criterio, Eduardo FERRER MAC-GREGOR ha indicado que:

...para la Corte IDH hay un deber incondicional de sancionar penalmente a aquellos que cometen graves violaciones a derechos humanos. En consecuencia, la Corte IDH rechaza medidas alternativas a la sanción penal para garantizar el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, como podrían ser la creación de comisiones de la verdad. Estas comisiones pueden ser importantes para establecer la verdad histórica de los hechos, pero nunca para sustituir la sanción penal<sup>447</sup>.

El criterio arriba citado ha sido ratificado por la Corte IDH en una cantidad importante de casos contenciosos. A manera de ejemplo, en el caso de la *Comunidad Moiwana v. Suriname* (2005), el tribunal interamericano indicó que “eventualmente, las acciones civiles pueden servir como medio para reparar parcialmente las consecuencias de las violaciones de derechos humanos sufridas”. Sin embargo, frente a casos de graves violaciones de DDHH –en este caso ejecuciones extra judiciales– el Estado debe recurrir a la justicia penal como un imperativo<sup>448</sup>.

---

<sup>445</sup> El tribunal interamericano ha sostenido esta postura en decenas de sentencias, por todas, vid. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 238.

<sup>446</sup> Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 73.

<sup>447</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH aplicables a la justicia penal”, *Revista IIDH*, No.59, 2014, p.84.

<sup>448</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), párr. 145.

Por la misma razón, procesos disciplinarios que impongan sanciones a los funcionarios que participaron en graves violaciones de DDHH –las conocidas políticas de lustración– no son adecuados por su naturaleza y, por ello “puede[n] complementar, pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos”<sup>449</sup>. En todo caso, la Corte IDH ha destacado la virtud de estos procesos en “en tanto coadyuve[n] al esclarecimiento de los hechos”, poniendo énfasis en el “valor simbólico del mensaje de reproche que puede significar ese tipo de sanciones para funcionarios públicos y miembros de las fuerzas armadas”<sup>450</sup>.

Como se explicó arriba, el tribunal interamericano no descarta el derecho de las víctimas para también ejercer –complementariamente– los derechos del artículo 25 y 8.1 de la CADH a través de otros causales jurisdiccionales. Un buen ejemplo de aquello es el caso *Órdenes Guerra y otros v. Chile (2018)*. Los hechos se remontan a 1997 cuando la víctima presentó una demanda civil de daños y perjuicios en contra del Fisco de Chile, basada en el daño moral ocasionado por agentes estatales por el secuestro y asesinato de su esposo<sup>451</sup>. Sin embargo:

El 28 de enero de 1999 el 8° Juzgado Civil, aunque declaró probado que la ejecución extrajudicial de Augusto Alcayaga fue cometida por agentes estatales, declaró la prescripción de la acción al haber sido interpuesta después del término de cinco años previsto en el artículo 2.515 del Código Civil, contando el término desde el día de la muerte de la víctima en 1973...<sup>452</sup>

Frente a estos hechos, la Corte IDH señaló que “en la medida en que los hechos que dieron origen a las acciones civiles de reparación de daños han sido calificados como crímenes contra la humanidad, tales acciones no deberían ser objeto de prescripción”<sup>453</sup>. Para alcanzar esta conclusión, el tribunal interamericano se apoyó en instrumentos como los principios de la lucha contra la impunidad<sup>454</sup> y criterios jurisprudenciales de la propia Corte Suprema de Chile<sup>455</sup>.

---

<sup>449</sup> Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 333.

<sup>450</sup> Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 133.

<sup>451</sup> Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y Otros v. Chile*. Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.45.

<sup>452</sup> Ídem, párr.46.

<sup>453</sup> Ídem, párr.89.

<sup>454</sup> En particular del principio 32, que dispone: “tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 23”. Cfr. CDH-ONU, Diane

Es preciso insistir y abordar críticamente la obligación de investigar, procesar y eventualmente sancionar a personas sospechosas de autoría o participación en casos de graves violaciones de DDHH desde la perspectiva de los procesos de justicia transicional. De acuerdo a la jurisprudencia interamericana, el deber de investigar, juzgar y sancionar penalmente no se limita a los “*máximos responsables*” sino que debe extenderse a todos los miembros de la estructura criminal y a terceros que las hicieron posibles<sup>456</sup>.

Cumplir con una obligación de este signo es imposible en la práctica –y ello implica sacrificar, al menos en cierta proporción, el supuesto “derecho” de la víctima al castigo del autor. La imposibilidad fáctica de sancionar a todos los responsables en casos de macro-criminalidad ha sido destacada por el Secretario General de la ONU quien ha recalcado la necesidad de limitar la responsabilidad penal:

...después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, por ejemplo, la necesidad de limitar la culpabilidad de los autores de delitos menos graves y apoyar su reforma y reinserción, especialmente si se trata de niños involucrados en delitos como ocurrió con el Tribunal Especial para Sierra Leona, en el que se decidió que no cabía imputar a niños la mayor responsabilidad por la comisión de delitos graves<sup>457</sup>.

En principio, la obligación de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de DDHH no se relativiza en casos de conflictos armados internos en los que resulta aplicable el DIH. Como señaló, el tribunal interamericano en el caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala (2000)*, el hecho de que un Estado se encuentre inmerso en un conflicto interno “en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas

---

Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005.

<sup>455</sup> “...la naturaleza de tales hechos ha llevado al Estado, con base en el cambio jurisprudencial de su máxima autoridad judicial, a reconocer ante este Tribunal que no es aplicable la prescripción civil a acciones que procuren reparaciones por daños y perjuicios ocasionados por ese tipo de hechos”. Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y Otros v. Chile*. Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.91.

<sup>456</sup> “...la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”. Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 237.

<sup>457</sup> ONU, Informe del Secretario General, “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, presentado ante el Consejo de Seguridad de la ONU, S/2004/616, 2004, párr.46.



obligaciones”<sup>458</sup>. Ahora bien, conviene anotar que los hechos del caso se referían a la práctica del Ejército guatemalteco de capturar guerrilleros y mantenerlos en reclusión clandestina a efectos de obtener, mediante torturas físicas y psicológicas, información útil.

Esa precisión resulta de utilidad, básicamente, porque al parecer la Corte IDH valoraría de manera diferenciada una amnistía general dictada en el marco de un proceso de paz. En el caso *Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador (2012)*, el tribunal consideró que:

...a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana y su aplicación al caso...<sup>459</sup>

Ese contexto diferenciado condujo a que la Corte IDH considere explícitamente la “lógica del proceso político entre las partes en conflicto”, señalando que el cese de hostilidades en El Salvador:

...imponía la obligación a cargo del Estado de *investigar y sancionar a través de “la actuación ejemplarizante” de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad*, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición (énfasis fuera de texto)<sup>460</sup>.

Lo que merece destacarse de esta sentencia en particular es que el tribunal interamericano valoró de forma diferenciada el caso dado el contexto y condenó al Estado por el incumplimiento de un estándar de mínimos, precisamente, porque “se dejó sin efecto la inaplicabilidad de una amnistía a estos supuestos, que había sido pactada por las partes en los Acuerdos de Paz y prevista en la Ley de Reconciliación Nacional”<sup>461</sup>. Es decir, dada la completa inacción del Estado<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), párr. 207.

<sup>459</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.284.

<sup>460</sup> Ídem, párr.288.

<sup>461</sup> Ídem, párr.291.

<sup>462</sup> “...el 20 de marzo de 1993, cinco días después de la presentación del Informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador dictó la denominada “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz”, la cual extendió la gracia de la amnistía a las personas a las que se refería el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional, esto es, a “*las personas que, según el*

A pesar de aquel leve matiz –que bien podría considerarse una mera referencia de contexto– la jurisprudencia de la Corte IDH se mantiene invariada en la práctica. Ello es preocupante, desde la perspectiva de la justicia transicional, pero también para la dogmática penal, por temas tan fundamentales como la teoría de la pena, o, dicho de otro modo, la justificación del castigo como resultado del delito. Es ampliamente conocido que existen diversas teorías que se clasifican en dos grandes grupos: las absolutas (valor intrínseco) y relativas (utilitaristas) de la pena.

Para la Corte IDH, el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales previstas en el Pacto de San José no se limitan a garantizar el inicio de una investigación penal e instruir un proceso judicial, sino que se extiende también a la ejecución efectiva de la pena. En ese sentido, el tribunal interamericano ha sostenido que “la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares”<sup>463</sup>.

Una afirmación de este tipo podría parecer menor, pero en realidad engloba un intenso debate sobre la propia legitimidad del DPI y del SIDH<sup>464</sup>. Dicho de otro modo, *la Corte IDH considera que la víctima de graves violaciones de DDHH tiene un derecho subjetivo y fundamental a la ejecución del castigo en contra del victimario*. Lo interesante es que esta concepción de la pena no se acopla bien con las doctrinas absolutistas que ven al castigo, más bien, como imperativo de justicia y no derecho de la víctima<sup>465</sup>; y, evidentemente, tampoco con las relativas.

---

*informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1º de enero de 1980” (énfasis fuera de texto). Ídem.*

<sup>463</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 47.

<sup>464</sup> La exposición se puede apreciar en el relato corto, irreverente pero pertinente de MATUS, Jean Pierre. “Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional.” *Nuevo Foro Penal*, No. 81, 2013, pp. 139-145. Un análisis más detallado se puede encontrar en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del Autor.” *Derecho Penal y criminología*, Vol. 29, 2008, pp. 149-171.

<sup>465</sup> Por su puesto, existen algunos elementos comunes. Siguiendo a DURÁN MIGLIARDI que, “para los partidarios de las teorías absolutas, la no ejecución de la pena o su ejecución parcial son actos inconcebibles y totalmente contrarios a su teoría de la pena, ya que, por principio, dichos hechos se enfrentan con las exigencias irrenunciables de la Justicia y el Derecho”. Vid. DURÁN MIGLIARDI, Mario. “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual.” *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, No. 16, Universidad San Sebastián, Chile, 2011, p.94.

Por ejemplo, KANT y HEGEL, máximos representantes de las teorías absolutas clásicas, no conciben a la pena como un mecanismo para satisfacer a la víctima. KANT entiende a la pena como un imperativo categórico que debe tener lugar inclusive ante la oposición de la víctima del delito<sup>466</sup>. Por su parte, HEGEL contempla a la pena como la negación del delito que conlleva a la síntesis de la reafirmación de la norma<sup>467</sup>. En ambas existe un alto nivel de despersonalización y abstracción del conflicto interpersonal víctima-victimario.

En cambio, las teorías relativas propugnan bien la prevención general o la prevención especial del delito como fin principal de la pena<sup>468</sup>. La doctrina que sostiene que las víctimas tienen derecho al castigo del victimario se basan en los beneficios que la pena le proporcionaría: conocer la verdad, romper la relación de dominación con el autor, recuperar su estatus moral como ciudadano, entre otros. Es decir, se enfoca más en los beneficios al sujeto pasivo del delito que en la prevención de futuros delitos o la prevención de reincidencia específica. Además, como las teorías relativas son utilitarias pueden prescindir del castigo en caso de considerarlo innecesario o inútil, en cambio, la doctrina de la “lucha contra la impunidad” exige el castigo en todos los casos.

Basta convenir aquí que la Corte IDH concibe a la pena como retribución satisfactiva. Al respecto, Jesús María SILVA SÁNCHEZ ha anotado que tratar de reparar a la víctima concediéndole un derecho subjetivo al castigo de otro ser humano representa la “venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad”<sup>469</sup>. Aún más crítica sobre esta concepción de la pena estatal, Alicia GIL acota que esta teoría propia

---

<sup>466</sup> En ese sentido, KANT señala: “la ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, trad. cast. y notas de CORTINA ORTS, Adela y CANAL SANCHO, Jesús, Madrid, Tecnos, 1989, p.167.

<sup>467</sup> MIZRAHI, Esteban. "La legitimación hegeliana de la pena". *Revista de filosofía*, Vol. 29, No.1, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p.15.

<sup>468</sup> Las teorías relativas llevan ese nombre porque se enfocan en el futuro y no en la retribución, así mismo, porque la necesidad de la pena depende de las diferentes circunstancias sociales. En ese sentido, se sigue la máxima de que no se impone una pena porque se ha pecado, sino para que no se peque. Esta misma máxima permite prescindir del castigo inútil –como defienden Montesquieu, Rousseau y Voltaire– y permite entender a la pena y la prevención general dentro del Estado social y democrático de Derecho.

<sup>469</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito." *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 47, No.127, 2017, p. 507.

del derecho anglosajón buscó alejarse de la idea del deseo de venganza de la víctima hacia un enfoque que se base en los beneficios que la pena le traería a aquella<sup>470</sup>.

Como argumento a favor de esta teoría, se menciona que la pena transmite un mensaje cognitivo que confirma a la víctima que su desgracia no fue el resultado del azar, sino que es de responsabilidad de una persona particular. Sumado a lo anterior, permitiría a la víctima reintegrarse a la sociedad y reparar su sentimiento de confianza hacia el Derecho. Sin embargo, –y especialmente en casos de macro criminalidad– existen dudas sobre la capacidad de la pena para:

... cumplir la finalidad de reparar el sentimiento de seguridad de la víctima de cara al futuro, pues en definitiva el sentimiento de inseguridad que la víctima pueda experimentar a partir de la experiencia vivida es un dato psicológico que dependerá de una serie de factores y no solo de que el hecho concreto haya sido o no castigado<sup>471</sup>.

En todo caso, el hecho de que existan objeciones razonables a la teoría de la retribución satisfactiva, no significa negar automáticamente que el proceso penal y la misma ejecución de la pena podrían traer efectos positivos para la víctima, como el favorecimiento de su deseo de justicia y el reconocimiento social del injusto sufrido. El contrargumento es que la pena –al igual que el concepto del delito– tiene un origen y justificación social, que trasciende la esfera individual; y, por tanto, los objetivos vinculados a la víctima no deben ser ni únicos ni principales, más bien, deben estar subordinados a la prevención del delito.

Si se parte de la premisa de que el derecho penal es un instrumento social del Estado de Derecho que se utiliza como medio coactivo para garantizar la vigencia del mismo<sup>472</sup>, tiene que aceptarse también que el instrumento no puede justificarse a sí mismo, ni tampoco justificarse si no reporta utilidad. En ese sentido, las teorías que se fundamentan en la satisfacción de la víctima y que le atribuyen el rango de derecho subjetivo y fundamental yerran en desviar al instrumento de su fin último<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> GIL, Alicia. "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret*, No. 4, 2016, p.19.

<sup>471</sup> Ídem, p.19.

<sup>472</sup> Tanto es así que no puede existir un 'derecho' de la víctima al castigo –que pueda diferenciarse de la venganza– sin Estado que garantice el 'derecho'.

<sup>473</sup> "El segundo fenómeno que desde el DPI contribuye a fomentar nuevas explicaciones y consideraciones en torno a la cuestión del fundamento y fines de la pena es el hecho de encontramos ante una "pena sin soberano", es decir, ante un Derecho penal que no aparece ya como una herramienta, como un ius, del Estado, pues es un Derecho penal no impuesto por el Estado, sino, en teoría, por la Comunidad internacional y en ocasiones incluso contra la voluntad del Estado. Al eliminar al Estado de la ecuación

La satisfacción de la víctima es, si se quiere, una consecuencia adicional frente a expectativas sociales como reafirmar la vigencia de la norma jurídica y prevenir el delito. Además, no es racional comprender la pena –entendida como la causación deliberada de un mal a otro– como forma de restauración, básicamente, porque ello implicaría sostener que la multiplicación de males como algo positivo, propio de las teorías de retribución absoluta ampliamente superadas por la doctrina penal.

Tampoco podría sostenerse que el autor del delito vaya a ser resocializado en los centros carcelarios dadas las condiciones de hacinamiento en América Latina, en la que al menos diez países enfrentan una sobrepoblación carcelaria de más del 200%. Esto, sin dejar de mencionar la exclusión social inevitable padecida por los reclusos como consecuencia de la prisión como “institución total”<sup>474</sup>. Estos comentarios se hacen siempre teniendo en cuenta el contexto de la justicia de transición que generalmente se conceptualiza en torno a Estados débiles desde el enfoque político, institucional, económico y de desarrollo. En estas condiciones, si se pretende estimular la paz y la resocialización del “enemigo” para re-constituirlo en ciudadano, se vuelve muy difícil comprender como se cumplirá tal propósito cuando las largas penas de prisión condicionan la concepción del autor sobre su propia existencia ya que, tras décadas en prisión, precedida de una vida delictuosa, difícilmente una persona podrá desarrollar una concepción de su proyecto de vida que no gire en torno al delito.

Los motivos para una afirmación categórica como la anterior son las demostradas consecuencias nefastas del sistema penitenciario, entre estas, el quiebre de relaciones familiares, sociales, el acceso a la educación, el trabajo, financiamiento, entre otros. Un motivo adicional para desconocer la pena como derecho y remedio de la víctima parte de la tesis de co-responsabilidad del delito. Este conjunto de tesis sostiene, básicamente, que el Estado es indirectamente responsable de los delitos que se cometen en su territorio por crear –o no crear– determinadas condiciones sociales. Si bien estas teorías fueron pensadas por el abolicionismo penal para delitos como el hurto de bagatela o las excepciones de pobreza extrema, no puede negarse su atractivo para fundamentar no

---

nos encontramos sin duda con un importante vacío para la explicación del Derecho penal. Cuando se intenta llenar este vacío, se puede incurrir en el defecto de perder de vista el carácter eminentemente instrumental del Derecho penal”. GIL, Alicia. "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret*, No. 4, 2016, p.8.

<sup>474</sup> Vid. CARRANZA, Elías. "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de derechos Humanos*, No. 8, 2012, pp.31 -66.

una absolución sino una reducción considerable de la intensidad o del quantum de la pena.

Si se parte de la premisa de que el Estado coadyuvó a crear las condiciones que dieron lugar al conflicto armado o a mantenerlo a lo largo del tiempo –situaciones de extrema pobreza, violencia institucionalizada, entre otras– y libró una “guerra” con sus ciudadanos, no parece inadecuado afirmar que el Estado es mínimamente responsable de iniciar o mantener las situaciones de violencia. Ello implica reconocer, por un lado, que coexisten criminales en todos los bandos; y, de otro, que ambos bandos también tienen sus víctimas. Entonces, la realidad compleja del dualismo autor-víctima, sumada a la corresponsabilidad estatal, condicionan su legitimidad para castigar e imponen al Estado un deber distinto<sup>475</sup>.

Entonces, ¿por qué castigar cuando se ejerce justicia en tiempos de transición? Una respuesta razonable es que la negación de la norma por parte del autor demanda de su estabilización a fin de confirmar la fuerza vinculante del Derecho como norma de conducta (prevención general integradora). En palabras de MORSELLI:

El mecanismo por el cual la sociedad inflige un sufrimiento, o sea un malum passionis a quien haya cometido un malum actionis, no es pues fin en sí mismo, y no es ni siquiera vuelto simplemente a la satisfacción de las necesidades emotivas de punición, o sea de las necesidades sociales de venganza, pero absuelve a una función mucho más profunda y constructiva en seno de la psique humana...<sup>476</sup>

La cuestión es si resulta viable confirmar la fuerza vinculante del Derecho con versiones menos intensas de la pena. Una primera intuición es que la verdad –como necesidad social e individual– así como el restablecimiento de la dignidad y de la igualdad de la víctima no necesariamente requerirán de un proceso judicial sino, en todo caso, de una declaración pública que, a manera de ejemplo, podría ser canalizada por comisiones de la verdad con participación del autor del delito. El debilitamiento de la intensidad punitiva puede contribuir a reforzar un ámbito general de respeto hacia el Derecho, por

---

<sup>475</sup> “Si la sociedad en su conjunto (y el Estado) se sienten corresponsables, en mayor o menor medida, del estado de cosas generado por el delito, parece razonable que pongan los medios para su superación. Ello, obviamente, trasciende al ejercicio del ius puniendi. Una sociedad corresponsable no puede ser (sólo) una sociedad punitiva”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 47, No.127, 2017, p.508.

<sup>476</sup>MORSELLI, Elio. "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48.1, 1995, p. 272.

ejemplo, a través de programas de desarme que consolidan el monopolio de la fuerza en manos del Estado<sup>477</sup>.

¿Cómo se traduce esta problemática a la justicia transicional? Es una pregunta de respuesta sencilla: si todas las víctimas tienen derecho a un proceso penal y a la ejecución de la pena, entonces resultan inviables varias estrategias estatales en el marco de la justicia transicional como amnistías, indultos, procesamientos estratégicos –que en la práctica significa ‘impunidad de facto’ para los no elegidos–, institutos como la suspensión condicionada de la pena, entre otras. Es decir, la teoría de la retribución satisfactiva impediría prácticamente cualquier margen de maniobra para un Estado en el dilema de la justicia transicional representado como castigo o perdón.

Desde una perspectiva crítica, siguiendo el argumento que presentan GÓMEZ VELÁSQUEZ y CORREA-SAAVEDRA, lo cierto es que ninguno de los tratados internacionales –incluyendo el Pacto de San José– definen qué debe entenderse como castigo, ni tampoco establecen una obligación expresa de imponer una determinada pena. De la misma manera, tampoco existe una prohibición a los Estados de imponer una pena privativa de la libertad distinta a la prisión como, por ejemplo, el confinamiento domiciliario u otras medidas menos restrictivas de la libertad ambulatoria<sup>478</sup>.

Es cierto que el ECPI contempla penas carcelarias, sin embargo, es preciso recordar que el tratado en cuestión solamente será aplicado en caso de que el Estado incumpla su deber principal de investigar, juzgar y sancionar (principio de complementariedad)<sup>479</sup>, por lo que podría argumentarse que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar cómo sancionar las graves violaciones de DDHH cometidas al interior de su territorio.

---

<sup>477</sup> “La disminución y el reemplazo de la pena está compensada por la entrega de las armas y el cese de hostilidades, así como por la cooperación del responsable en la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas y la promesa de no repetición de los delitos. De este modo, *la norma penal es asegurada cognitivamente por medio del restablecimiento de la base cognitiva de todo el ordenamiento jurídico* – esto es: la norma penal es asegurada de manera indirecta”. (énfasis fuera de texto). Vid. BAUTISTA PIZARRO, Nathalia. “El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Reflexiones sobre el caso colombiano”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, No. 9, 2017, p.468.

<sup>478</sup> GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro y CORREA-SAAVEDRA, Julián. “¿sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (No. 26), 2015, p. 202.

<sup>479</sup> El artículo 17#1 literal A del ECPI reza que se declarará inadmisibile una causa cuando el “asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

De hecho, el artículo 80 del ECPI, titulado “El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional” establece claramente: “*Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte*” (énfasis fuera de texto).

En este sentido, si un Estado juzga a los autores de crímenes que estén sujetos a la competencia material de la CPI como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra y ejerce su jurisdicción para al final conceder una *reducción en la pena para los máximos responsables o la suspensión condicionada para los partícipes de menor relevancia*, el Estado en cuestión habría cumplido sus obligaciones internacionales al haber procedido de buena fe.

En síntesis, la CPI no tendría competencia para conocer los hechos en cuestión pues su jurisdicción es complementaria y solo se activa en caso de que un Estado no pueda o no quiera enjuiciar a los autores de crímenes internacionales lo que sucedería paradigmáticamente con una amnistía en blanco o más discutiblemente con un indulto presidencial<sup>480</sup>. Por tanto, una primera aproximación nos lleva a descartar *prima facie* el uso de medidas de gracia o discrecionales para cumplir con las exigencias del DPI.

En cambio, una regulación especial del proceso penal y la pena parecería *prima facie* válido para demostrar el igual trato a los procesados, así como la intención de ejercer jurisdicción. En estos casos aplicaría efectivamente el principio *ne bis in ídem* a favor del reo.

La utilidad de esta digresión sobre DPI se aprecia si se aplica *mutatis mutandis* el análisis anterior en perspectiva del SIDH. Es decir, el Estado podría imponer penas alternativas o penas reducidas, dentro de un margen razonable, sin violentar la CADH, *alejándose del derecho de la víctima al castigo y retomando la visión del derecho penal como instrumento para fines sociales ulteriores*. Ese primer paso es fundamental para cualquier construcción posterior sobre cómo debería actuar la CIDH y la Corte IDH en casos donde operen contextos de justicia transicional.

---

<sup>480</sup> Si bien es cierto, el indulto supone el perdón de la pena de forma posterior a la sentencia en firme. Por ello, no es concebido como una intromisión en la administración de justicia, dado que se cumpliría el derecho de la víctima al proceso. Sin embargo, no parece adecuado la utilización del indulto en procesos de justicia transicional por motivos fundados en el principio de igualdad ante la ley.



En resumen, si lo que se pretende es la reconciliación social en sociedades en transición es poco plausible que aquella se produzca recluyendo al autor en prisión durante décadas, muchas veces en condiciones inhumanas, separándolo aún más de la comunidad y reavivando los ciclos de violencia. En mi opinión, el principal propósito de la pena en estos contextos no es satisfacer a la víctima, ni someter deliberadamente al autor del delito al dolor, sino estabilizar a través de condenas *simbólicas* la confianza de la sociedad en el Derecho como instrumento de regulación<sup>481</sup>.

### **3.5.2.1. Requisitos para la legitimidad de una amnistía**

Como se ha repasado hasta el momento, existe una prohibición de amnistiar crímenes de guerra, el crimen de genocidio y delitos de lesa humanidad derivada de la potente jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, hay quienes sostienen que, en determinadas circunstancias, aún los mencionados crímenes podrían ser objeto de amnistía. En ese sentido, Antonio LASCURAÍN ha señalado:

...creo que el punto de partida es el de que en circunstancias excepcionales la amnistía podría alcanzar inclusive a tales delitos, siempre que, además, por imperativo del postulado de necesidad, la restricción del derecho que supone la amnistía sea mínima, en el sentido de que venga acompañada de la declaración de la antijuricidad de las conductas y del reconocimiento e indemnización de las víctimas. Pero creo también que este mucho no podrá ser un todo democrático, que lleve al sistema a traicionar su propia esencia axiológica<sup>482</sup>.

Así, a lo largo de su exposición se concentra en fundamentar los motivos por los cuales una amnistía radical sobre estos delitos sería insostenible. Como primer punto, aborda la cuestión refiriéndose a un derecho fundamental de las personas a no padecer delitos; y, a su vez, el derecho de tutela judicial que como garante debe proveer el Estado. En ese sentido, una amnistía vaciaría de contenido, desnaturalizaría y afectaría al contenido esencial del derecho fundamental comentado, por lo que sería intolerable en términos de proporcionalidad. El segundo motivo para rechazar la concesión de una amnistía radical es que aquella atacaría los fundamentos axiológicos del Estado.

---

<sup>481</sup> “Los juicios desempeñan una función simbólica que es importante para la garantía de no repetición y de reconciliación con la sociedad. Ahora bien, la justicia, entendida como persecución penal, no implica la persecución de la totalidad de los presuntamente responsables, porque cuando se trata de violaciones generalizadas el sistema de justicia penal sencillamente colapsa y, asimismo, financieramente se hace imposible. A más de ello, aquella no es idónea para tratar las causas o raíces del conflicto o del régimen represivo, y no corresponde a un espacio idóneo para que las víctimas compartan sus experiencias”. TORRES-ARGÜELLES, Alfredo. *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Universidad Externado de Colombia (No. 93), 2015, p.102.

<sup>482</sup> LASCURAÍN, Juan Antonio. “Qué puede olvidar el legislador democrático (sobre los límites de la amnistía)”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No.5, 2013, p. 256.

Para lograr una solución equilibrada, LASCURAÍN propone que al menos la cúpula o los máximos responsables sean procesados penalmente; que se condicione la amnistía del resto de personas a la declaratoria de su culpabilidad (amnistía impropia) y que se indemnice a las víctimas<sup>483</sup>. Si bien esta es la posición dominante en la doctrina aquella resulta teóricamente insatisfactoria. No se desconoce aquí que la doctrina dominante en materia de amnistías condicionadas se fundamente en la ponderación de derechos<sup>484</sup>. Como es conocido, la Corte Constitucional de Colombia, entre otras, ha adoptado decisivamente este criterio señalando que:

...el método de la ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradura que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia puesto que, de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable<sup>485</sup>.

Como se sabe, los derechos fundamentales se entienden inviolables y subjetivos, es decir, todas las personas son titulares, como individuos, de determinados derechos, que no pueden ser derogados por la mayoría, ni en vista de consideraciones utilitarias<sup>486</sup>. Si se parte de esa premisa básica y se entiende que cada individuo tiene un derecho a la

---

<sup>483</sup> Ídem, p. 262.

<sup>484</sup> En ese sentido, AMBOS afirma (aunque refiriéndose a “intereses” y no a “derechos”) que se debería aplicar: “un test de proporcionalidad en tres niveles, tal como lo ha desarrollado la Corte Constitucional alemana<sup>1</sup> y elaborado ulteriormente desde el punto de vista teórico el estudioso alemán Robert Alexy con su famosa ley de ponderación (*Abwägungsgesetz*). La aplicación de este triple test a nuestro caso es como sigue: Primero, debe determinarse si la medida en cuestión —por ejemplo, una amnistía—, es adecuada para alcanzar el objetivo pretendido, esto es, una transición pacífica o la paz de la sociedad en cuestión. Esto implica un análisis de la seriedad y legitimidad del objetivo declarado, es decir, si la autoridad (normalmente el gobierno) que ofrece la medida de exención persigue real y seriamente este objetivo y no otros planes políticos —por ejemplo, la legalización de un grupo armado con el cual simpatiza—. El criterio de la adecuación plantea particularmente la cuestión de si la medida es parte de un proyecto global para romper con el anterior régimen o, por el contrario, garantiza su continuidad. Además, es esencial la cuestión de si el nuevo sistema creado sobre la base de una amnistía defiende los derechos humanos y respeta el Estado de derecho”. Vid. AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, p.58.

<sup>485</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, p. 298.

<sup>486</sup> FERRAJOLI ha dicho que son fundamentales “los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”. Además, son derechos fundamentales “en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos”, entre los que se encuentra la tutela judicial e individual de los derechos. Vid. FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales.” *Cuestiones constitucionales*, No. 15, 2006, pp.117-118.

tutela judicial efectiva, en materia penal, para “reparar” la vulneración del derecho a no ser lesionado, no se puede sostener coherentemente que unos sean procesados y que otros sean amnistiados pues, sin importar el delito o grado de responsabilidad, todas las víctimas tendrían derecho a la “justicia”.

Si bien se entiende que desde la entrada en vigor del ECPI –del que la inmensa mayoría de Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH es parte– existe un deber general claro derivado de un tratado internacional de perseguir penalmente ciertos crímenes, aquello no significa que se trate de un deber absoluto, es decir, que no admita excepciones<sup>487</sup>. Entonces, conviene centrarse en los elementos que, según la doctrina, debería tener una amnistía para ser válida ante el derecho internacional. En primer lugar, las amnistías en blanco están absolutamente proscritas por el derecho internacional y se entienden ilegítimas en todos los casos. Son amnistías en blanco aquellas cuyo objeto son crímenes internacionales nucleares –crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra– y que no están condicionadas a ningún tipo de medida restaurativa. En segundo lugar, las amnistías condicionadas pueden tener legitimidad ante el derecho internacional si son utilizadas como último recurso.

Por ello, aunque *a priori* se descarte la posibilidad de dictar amnistías en casos de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, aquella podría ser una alternativa legítima siempre que: I. Exista suficiente evidencia que demuestre la incapacidad del Estado de adelantar juicios penales contra los responsables de graves violaciones de DDHH; II. Participación de la ciudadanía y apoyo a la medida; III. Compromiso de cumplir con otras obligaciones internacionales como la identificación de las víctimas y perpetradores, así como adoptar medidas para prevenir violaciones de DDHH a futuro; IV. Seguridad de que la incapacidad de iniciar la persecución penal no

---

<sup>487</sup> En síntesis, los deberes de actuar nunca son absolutos, salvo que se dé la excepción de que el sujeto obligado no se encuentre obligado por otro deber de igual o mayor valor. En el caso del derecho penal aquel es un medio subsidiario –de última ratio, conforme ha entendido la doctrina liberal– por lo que mal podría ser un fin en sí mismo si su aplicación resulta nociva al objeto de protección: los derechos humanos. Sobre este particular, ver en general, GRECO, Luis. “Por que inexisten deberes absolutos de punir”, en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, pp. 99-104.

sea razón para incumplir las demás obligaciones internacionales exigibles a los Estados;  
V. El compromiso de reparar a las víctimas<sup>488</sup>.

En consonancia con lo expuesto, TORRES ARGUELLES ha sostenido la tesis de que la amnistía de graves violaciones de DDHH es un acto ilícito imputable al Estado, pero que, sin embargo, en ciertas circunstancias podría operar la exclusión de ilicitud siguiendo los principios generales del derecho internacional contenidos en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. En ese sentido, el principio 23 reza:

I.-La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso cumplir con la obligación. II.- El párrafo I no es aplicable si: a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de un Estado que la invoca; o b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación<sup>489</sup>.

Igualmente, TORRES ARGUELLES argumenta a favor del peligro extremo como criterio orientador para juzgar la pertinencia de una amnistía<sup>490</sup>. Según el artículo 24 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos:

I.- La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado. II.-El párrafo I no es aplicable si: a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor<sup>491</sup>.

Junto a las causales de exclusión de ilicitud, el artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos reconoce el principio de estado de necesidad en los siguientes términos:

---

<sup>488</sup> VILLA-VICENCIO, Charles. "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet." *Emory Law Journal*, vol. 49, no. 1, Winter 2000, p. 216-217.

<sup>489</sup> Asamblea General de la ONU. *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. A/RES/56/83, 2002. Disponible en: <https://bit.ly/2S1BKjH> (última consulta: 17/12/2019).

<sup>490</sup> TORRES-ARGÜELLES, Alfredo. *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Universidad Externado de Colombia, No. 93, 2015, pp.52-53.

<sup>491</sup> Asamblea General de la ONU. *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. A/RES/56/83, 2002.

I.-Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y, b) no afecte un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. II. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o, b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad<sup>492</sup>.

Aplicando los criterios arriba expuestos, podría entenderse que una amnistía condicionada a crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra podría ser legítima ante el derecho internacional si es, en efecto, la única medida posible para resolver el estado de necesidad<sup>493</sup>. Es decir, aquí aplicaría no un criterio de discrecionalidad sino un criterio de subsidiariedad donde la carga de demostrar que se han agotado todos los otros mecanismos posibles para superar el estado de necesidad corresponde al Estado<sup>494</sup>.

---

<sup>492</sup> Asamblea General de la ONU. *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. A/RES/56/83, 2002.

<sup>493</sup> En ese sentido, AMBOS ha mencionado: “Si bien del test de proporcionalidad...se sigue, en un nivel abstracto, que los crímenes nucleares internacionales no deben ser objeto de una exención y tanto menos si la exención también alcanza —por falta de limitaciones *ratione personae*— a los mayores responsables, esta regla es un principio y como tal no es inmovible, sino que está abierta a excepciones —aunque muy estrictas—. Aun cuando la admisibilidad de estas excepciones dependa de las circunstancias del caso concreto —como en Sudáfrica, donde es importante tener en cuenta que la mayoría de los pedidos de amnistías han sido desestimados—, es claro que, en un nivel abstracto, tales excepciones solo pueden estar justificadas por circunstancias extremas que casi no dejen, con vistas a una transición pacífica, otra opción que aceptar, en última instancia, la impunidad de los crímenes internacionales nucleares... Ciertamente, aceptar este argumento significa ceder al poder de las armas (*auctoritas, non veritas facit legem*) y en una situación dada difícilmente pueda probarse que las concesiones eran realmente necesarias, dado que la alternativa —ceñida a las limitaciones *ratione materiae* y *personae*— no ha sido puesta en práctica”. Vid. AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, pp.74-75.

<sup>494</sup> Aunque la jurisprudencia actual de la Corte IDH parece no valorar la fuerza mayor o el estado de necesidad en ningún aspecto. Así ha dicho “No fue sino después de 1989, al caer el régimen dictatorial de Stroessner, que fueron iniciadas las investigaciones por los hechos del presente caso. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado”. Énfasis añadido. Cfr. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 89. En el mismo sentido, “...la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente”. Cfr. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 238. Quizá existe algún matiz al respecto, aunque aquel no ha sido desarrollado: “...la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que ha atravesado Suriname en su lucha por la democracia. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, generalmente no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones legales establecidas en ese tratado...”. Énfasis añadido. Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana v.*

Por lo dicho, para que una amnistía sea admisible en estos supuestos de *última ratio*, debe procurarse establecer, al menos, limitaciones *ratione personae* habida cuenta que la limitación *ratione materiae* no será de aplicación. Es decir, deberá al menos intentarse una mínima dosis de justicia penal contra los autores por mando y dejar en la impunidad a los ejecutores, sin que esto releve en ningún caso al Estado de implementar mecanismos para la construcción de verdad y reparación.

### **3.5.2.2. La relectura de la jurisprudencia de la Corte IDH a la luz de nuevos contextos: ¿una interpretación plausible?**

Como sugiere GÓMEZ VELÁSQUEZ, el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH puede y debe entenderse de manera contextualizada y acorde al momento histórico. De acuerdo a su clasificación, pueden identificarse tres fases. En la primera, el tribunal interamericano hizo frente a las leyes de auto-amnistía; en la segunda, se encargó del juzgamiento de leyes de amnistías generales, aprobadas en regímenes formalmente democráticos; y, finalmente, la tercera fase tiene un especial contexto porque se refiere al juzgamiento de amnistías desarrolladas en el marco de un proceso de paz<sup>495</sup>. Al respecto GÓMEZ VELÁSQUEZ manifiesta que:

Frente a la posibilidad de suspender o matizar el alcance de la obligación de investigación judicial tras violaciones a los derechos humanos como medidas dictadas dentro de un proceso de transicional, la Corte IDH no ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente al respecto a un caso donde el Estado colombiano haya sido parte. Si bien en la sentencia sobre el Caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia, la Corte hizo referencia a la Ley 975 de 2005, más conocida como “Ley de Justicia y Paz” y la cual sirvió de marco jurídico para la desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia, lo hizo sólo como un elemento contextual del pronunciamiento y no realizó ningún análisis bajo los parámetros convencionales de la misma, en tanto consideró que para entonces existía incertidumbre sobre el contenido y alcance de la ley por encontrarse en sus primeras etapas de implementación<sup>496</sup>.

Sobre esta cuestión en particular, tengo una lectura complementaria a la presentada por GÓMEZ VELÁSQUEZ. La Corte IDH, consciente de la situación que atraviesa Colombia – en un conflicto armado de alrededor de cincuenta años al interior de un Estado

---

*Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), párr. 238.

<sup>495</sup> GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. “Perspectivas de la jurisprudencia de la Corte IDH en justicia transicional y su aplicabilidad a las actuales negociaciones de paz en Colombia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (No.9), 2016, pp.155-158.

<sup>496</sup> Ídem, p. 154.

Constitucional de Derecho– y de los intentos por implementar un modelo de justicia transicional, ha relativizado la aplicación de su jurisprudencia, limitándose a declarar violaciones de DDHH a casos concretos, sin declarar con carácter general que los instrumentos jurídicos adoptados por el Estado colombiano son contrarios a la CADH.

Una prueba de ello son los casos *Masacre de la Rochela (2007)* y *Vereda la Esperanza (2017) v. Colombia*, pues en ambos resulta de aplicación la denominada Ley de Justicia y Paz. A pesar del íterin de diez años entre estos dos casos, la Corte IDH ha resuelto no declararla contraria a la CADH sino solamente determinar la responsabilidad del Estado en los casos concretos que llegan a su conocimiento<sup>497</sup>. Como se analizará en breve, desde la sentencia del caso *Masacres de El Mozote v. El Salvador (2012)* es posible una interpretación de la CADH en el sentido de matizar la obligación de investigar, juzgar y sancionar.<sup>498</sup>

Lo anterior abre la posibilidad de la legitimación de modelos de transición penal en los que el Estado priorice los enjuiciamientos en contra de los *máximos responsables* y se comprometa con modelos de justicia restaurativa o de justicia penal alternativa para los demás partícipes –ello bajo la consideración práctica de que la CPI tampoco tiene la capacidad –ni se encuentra dentro de su estrategia– de perseguir a todos los ejecutores. Como se mencionó anteriormente, en situaciones de macro-criminalidad el derecho penal debe conformarse con cumplir un efecto principalmente simbólico al ser imposible procesar a la totalidad de responsables de violaciones de DDHH<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> “la Ley de Justicia y Paz ha sido cuestionada ante el juez regional bajo el argumento de que su aplicación propicia la impunidad. Pese a que la Corte IDH ha hecho alusión a la Ley de Justicia y Paz en el marco de varios casos contenciosos, no se ha pronunciado sobre la compatibilidad del régimen penal allí previsto con el Derecho interamericano. Los comentarios del juez regional al respecto se limitan a advertir de los problemas que podría traer consigo su aplicación y a reivindicar los estándares interamericanos establecidos en materia de derecho a la justicia”. Vid. ACOSTA, Paola. “De la ductilidad y otras angustias: los retos de la justicia interamericana en materia de justicia transicional”. *Foro Nueva época*, Vol.17, No.1, 2014, p. 302.

<sup>498</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, del 25 de octubre de 2012, párr. 288.

<sup>499</sup> Así lo han sugerido el Grupo de Expertos que formuló las pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad: “...los sistemas nacionales de justicia penal pueden aplicar principios establecidos de derecho, por ejemplo, ejercitando discreción al desarrollar estrategias de enjuiciamiento selectivo. Los tribunales internacionales e híbridos también emplean estrategias de enjuiciamiento selectivo. Como resultado, los estados no violarán necesariamente sus obligaciones, si, debido al ejercicio de la discreción de enjuiciamiento, no procesan a todos los autores o casos de estos delitos. Las decisiones sobre la selección o priorización de casos deberán tomarse en base a criterios transparentes y objetivos”. Vid. Directriz #6. D de *las Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*.

El caso *Masacres de El Mozote v. El Salvador (2012)* es de especial relevancia pues se acompaña a la sentencia un voto razonado del entonces juez Diego GARCÍA-SAYÁN en la que reconoce la necesidad de ponderar la necesidad de las amnistías en conflictos armados no internacionales, dado que casos excepcionales demandan también soluciones excepcionales<sup>500</sup>. En efecto, en el voto razonado se dijo que:

El hecho es que en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales el recurso de la amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones. Que plantean, en consecuencia, un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro. No hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta<sup>501</sup>.

Lo que resulta curioso de este voto razonado es que también se adhirieron la mayoría de jueces de la Corte IDH<sup>502</sup>. Sin embargo, a pesar de ser criterio mayoritario, ninguno de los razonamientos contenidos en el voto se incluye, si quiera, como *obiter dictum* del fallo, por lo que carece de fuerza vinculante. En el voto razonado en cuestión, los jueces señalan 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 afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás<sup>503</sup>.

El voto particular presenta una serie de afirmaciones que merecen una reflexión profunda. Por ejemplo, destaca que la paz es un derecho y que el Estado está obligado a

---

<sup>500</sup> “Un primer y obvio punto de partida es que la situación anómala y excepcional de un conflicto armado no internacional genera que pueden contarse por millares los nombres de los victimarios y, especialmente, de las víctimas. Esa situación excepcional suele demandar mecanismos de respuesta también excepcionales. La clave está en construir el ejercicio de ponderación que procese de la mejor manera esa tensión entre justicia y terminación del conflicto para lo cual se debe considerar varios componentes, tanto judiciales como no judiciales”. Corte IDH. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto razonado del Juez Diego GARCÍA SAYÁN, párrs. 22 y 16.

<sup>501</sup> Ídem, párr. 20.

<sup>502</sup> Me refiero a los entonces magistrados Leonardo Franco, Margarete May Macaulay, Rhadis Abreu Blondet y Alberto Pérez-Pérez. Al día de hoy ninguno de los referidos ex jueces integran la actual Corte IDH.

<sup>503</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto razonado del Juez Diego GARCÍA SAYÁN, párr. 38.



alcanzarla y que la paz negociada es una alternativa moral y política cualitativamente superior –paz positiva– que la alcanzada a través del aniquilamiento del contrario –paz negativa–. De igual forma, se considera que el deber jurídico de atender a las víctimas es tan importante como el de prevenir nuevos hechos de violencia. En ese sentido, se destaca que la justicia penal debe ser desarrollada en un “marco de ponderación” y que el legislador y el gobierno tienen la obligación de combinarla con mecanismos alternativos como comisiones de la verdad, medidas de veto en la administración pública, entre otras<sup>504</sup>.

Partiendo del reconocimiento de que es necesario limitar la responsabilidad penal para lograr un acuerdo de paz aceptable también para los victimarios, se alude, en el voto razonado, a un derecho penal que mantenga el reproche del injusto culpable pero que escinda y valore bajo criterios de utilidad la imposición de una medida aflictiva:

...en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección<sup>505</sup>.

En el mismo sentido, la Corte IDH señaló en la resolución de supervisión de sentencia del caso *Barrios Altos v. Perú (2012)* que aún en casos de graves violaciones de DDHH el derecho internacional permite en ciertas circunstancias “una atenuación de la potestad punitiva o la reducción de la pena”, como por ejemplo, cuando exista “colaboración efectiva con la justicia mediante información que permita el esclarecimiento del crimen”, siempre que el Estado pondere debidamente los derechos en colisión, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad<sup>506</sup>.

En la misma línea, el fiscal adjunto de la CPI ha señalado –en relación al caso colombiano– que “[s]i bien el Estatuto de Roma contiene disposiciones relativas a las penas en los procesos ante la CPI, no prescribe un tipo o duración específicos de las

---

<sup>504</sup> Ídem, *passim*.

<sup>505</sup> Ídem, párr.30.

<sup>506</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012, párr. 57.

condenas que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI”. De tal suerte “en materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad”<sup>507</sup>.

En criterio del fiscal adjunto de la CPI, la obligación del Estado se limita a conducir investigaciones, enjuiciamientos y sanciones “que apoyen el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma”. Las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintos mecanismos, aunque deben satisfacer objetivos adecuados relativos a la pena, “como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores”<sup>508</sup>. De nuevo, la clave parece estar en el correcto balance de las obligaciones internacionales con los legítimos intereses nacionales:

Suspender la ejecución de la pena para las personas más responsables por crímenes de guerra y de lesa humanidad implicaría sustraer a las personas de que se tratase de su responsabilidad penal. También podría sugerir que los procedimientos fueron sustanciados de forma incompatible con la intención de hacer comparecer a las personas ante la justicia. Tan importantes son las implicaciones de la suspensión de la ejecución de las penas para la evaluación de la Fiscalía acerca de la admisibilidad de los casos ante la CPI que en 2013 la Fiscalía comunicó la posición que acabo de resumir a las autoridades colombianas<sup>509</sup>.

En relación a las reparaciones, el voto particular adopta una postura objetiva reconociendo que en la práctica aquella puede acarrear dificultades. En ese sentido, “en este tipo de situaciones parecería que entre los objetivos de estos programas masivos...no está tanto la restitución a las víctimas al status quo ante sino dar señales claras de que se respetará plenamente los derechos y la dignidad de las personas”<sup>510</sup>. De lo reseñado hasta aquí puede apreciarse que el voto razonado se encuentra en la línea de garantizar la dignidad de la víctima y la no repetición de los hechos más que en la retribución como reparación de la víctima. Ello se aprecia del texto del voto, que destaca que:

Solo la aplicación integrada de medidas en favor de las víctimas en todos esos ámbitos puede conseguir resultados eficaces y concordantes con el ordenamiento interamericano de derechos humanos. Así, la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas

---

<sup>507</sup> Énfasis fuera de texto. Cfr. STEWART, James. Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2015, p. 11. Disponible en (último acceso 31/05/2018): <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>

<sup>508</sup> Ídem, p. 11.

<sup>509</sup> Ídem.

<sup>510</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto razonado del Juez Diego GARCÍA SAYÁN, párr.33.

impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, sólo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones<sup>511</sup>.

En mérito de lo expuesto, es importante destacar que las categorías de auto-amnistía, amnistía o la categoría genérica de gracia no describen apropiadamente el fenómeno que se presenta en las transiciones negociadas hacia la paz, pues en estos casos nos encontramos en realidad frente a un acto jurídico complejo en las que acuerdan la terminación del conflicto desde una aproximación holística.

En tales casos, los beneficios penales no dependen de la discrecionalidad estatal, sino que se encuentran sujetos a estándares jurídicos que regulan su concesión y negativa. En relación a este elemento, se suele requerir una petición individual del beneficiario y ello contrasta claramente con el carácter impersonal y generalizado de la amnistía. En el óbice de responsabilidad, la amnistía elimina la responsabilidad penal del acto y en consecuencia de la responsabilidad civil derivada del delito –dependiendo del ordenamiento jurídico concreto–, de otro lado, este tipo de acuerdos contemplan múltiples mecanismos de reparación a las víctimas y mantienen el reproche del injusto.

En este tipo de acuerdos se suelen incluir mecanismos para encontrar la verdad, que suelen combinar la verdad histórica–Comisiones de la Verdad– con la verdad procesal-individual manifestada a través de procesos judiciales. Además, los beneficios penales se conceden, generalmente, de forma condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos por parte de la persona responsable, por ejemplo, revelar la realidad de los hechos, entregar armas o realizar trabajo comunitario.

Así mismo, es posible incluir en este tipo de acuerdos a órganos de supervisión con la potestad de revocar el beneficio penal en caso de incumplimiento –ciertamente aquello no es una característica propia de las amnistías pues, en principio, no es posible revocar un acto de “olvido”–<sup>512</sup>. En todo caso, del recuento jurisprudencial realizado hasta aquí

---

<sup>511</sup> Ídem, parr.23.

<sup>512</sup> Vid. Directriz #12 de las *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*: “con el fin de aumentar la legitimidad y la legalidad de una amnistía, puede que beneficiarios individuales estén sujetos a condiciones que deberán cumplir para evitar la revocación de los beneficios. Estas condiciones le proporcionan al estado un medio para imputar responsabilidad a individuos que podrían abusar del

se podría sugerir que la Corte IDH –al menos al interior de su seno– es consciente de que la jurisprudencia existente al día de hoy puede no resultar adecuada para el paradigma de la justicia transicional, que demanda la ponderación de los intereses de justicia y de paz.

No existe un desarrollo significativo en la jurisprudencia de la Corte IDH que de forma sólida y sistemática aborde la cuestión relativa al alcance, límites y formas democráticas requeridas para la justicia transicional. Todo ello, porque permanece intocada una cuestión de principio: si los derechos fundamentales –partiendo de la premisa de que el derecho al castigo lo es– pueden ser limitados por medio de una decisión democrática o si estos se encuentran dentro de la esfera de lo indecible como se sostuvo en el caso *Gelman v. Uruguay (2011)*.

La última postura resulta llamativamente cómoda pues al negar la posibilidad de decidir sobre el alcance de los DDHH y requerir el castigo absoluto se evita discusiones importantes sobre la función de la pena y los efectos –positivos o negativos– que logrará aquella en la sociedad en conflicto. De igual manera, se evita el debate en relación a los límites del Estado al negociar la paz, especialmente, el debate relativo a la proporcionalidad de las penas, esto es, si existe un mínimo exigible de imposición de dolor al victimario, así como la modalidad (prisión, arresto domiciliario, libertad condicional).

Cuando la Corte IDH decida abordar este problema de forma integral debería hacerlo aplicando el artículo 32 de la CADH que reconoce la correlación entre derechos y deberes y señala que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. De hecho, el propio Pacto de San José contiene elementos que permiten establecer estándares para evaluar medidas como una amnistía. A manera de ejemplo, el artículo 30 de la CADH señala que las restricciones permitidas a los derechos y libertades reconocidas solo pueden instrumentarse “conforme a leyes que se

---

proceso de amnistía, y puede animar a los beneficiarios a contribuir a los procesos de reconciliación en curso. No obstante, la incertidumbre sobre si una amnistía será permanente podría reducir el interés de algunos delincuentes. Las condiciones que podrían imponérsele a un beneficiario para retener la amnistía incluyen: i. no infringir las condiciones sobre las que originalmente se concedió la amnistía; ii. abstenerse de perpetrar nuevos delitos políticos o relacionados con conflictos, o cualquier otro tipo de actividad delictiva; iii. prohibiciones de tiempo limitado sobre la posesión de armas peligrosas, presentarse a elecciones o cargos públicos, y/o servir en la policía o el ejército...”.

dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En este sentido, la Corte IDH ha indicado que la referencia a la exigencia de “Ley” debe entenderse “una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”<sup>513</sup>. En relación al alcance del artículo 32 de la CADH vale destacar el criterio de FERRER MAC-GREGOR y de PELAYO:

El reconocimiento de esta realidad en torno a la correlación entre derechos y deberes ha llevado a la Corte IDH en su jurisprudencia constante, al considerar los elementos del artículo 32 como estándares para evaluar si las restricciones son acordes conforme la Convención Americana y decidir si existe o no responsabilidad internacional cuando los Estados delimitan el ejercicio de un derecho. Así, toda limitación a los derechos, cuando no sea explicitada en la Convención, tendrá que supeditarse a lo dispuesto por los Artículos 30 y 32, de lo contrario, la Corte Interamericana puede llegar a determinar que la restricción no es legítima, siendo, en consecuencia, violatoria de ese tratado internacional. El limitar o restringir derechos de forma adecuada, en última instancia, es una cara más de la obligación de garantía, consagrada en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana<sup>514</sup>.

Sumado a lo anterior, la Corte IDH ha señalado que el concepto de “bien común” consiste en un estándar “referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”<sup>515</sup>. Por tanto, el tribunal interamericano ha reconocido que la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas constituye un imperativo del bien común.

Precisamente, un acuerdo de paz que pondere cuidadosamente los derechos de las víctimas y la necesidad de terminación de un conflicto armado para alcanzar la reconciliación nacional cumple el requerimiento de buscar el bien común y organizar el funcionamiento de la sociedad de tal suerte de que se fortalezca el régimen democrático y el respeto a los DDHH. Parece ser entonces que la clave para interpretar

---

<sup>513</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*. La expresión “leyes en el artículo 30” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr.38.

<sup>514</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO, Carlos. “Capítulo V: Deberes de las personas”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (editores), en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Editorial Temis, 2014, p.728.

<sup>515</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986*. La expresión “leyes en el artículo 30” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *passim*.

armónicamente las cláusulas convencionales sobre limitación de deberes y aplicarlas al paradigma de la justicia transicional es que la medida adoptada por el Estado no suprima, desnaturalice o prive de su contenido real a los derechos consagrados en la CADH. Ello permitiría al Estado satisfacer los intereses de verdad y justicia, manteniendo el reproche del injusto culpable, pero matizando la investigación, procesamiento y sanción en función de su necesidad y utilidad para la terminación del conflicto.

### **3.5.2.3. Más allá del obiter dictum: las pautas del tribunal interamericano sobre la justicia transicional y sus profundas tensiones**

Sin perjuicio de lo analizado en el apartado anterior, la realidad de la jurisprudencia – está sí con carácter vinculante– de la Corte IDH es bastante imprecisa y cargada de profundas tensiones y sin suficiente aproximación al contexto transicional. En el caso *Masacre de la Rochela v. Colombia (2007)*, el Estado solicitó a la Corte IDH que establezca principios generales que permitan un proceso de desmovilización en base a los principios de verdad, justicia y reparación<sup>516</sup>. Igualmente, se solicitó al tribunal interamericano un análisis sobre los criterios de proporcionalidad de la pena con la finalidad de que aquellas no consistieran una mera apariencia de justicia.

La Corte IDH accedió al pedido de las partes, haciendo énfasis en que consideraba oportuno realizar ciertas consideraciones en base a su jurisprudencia, tomando en cuenta que existía incertidumbre sobre el contenido y alcance de la ley 795 –conocida como Ley de justicia y paz– que otorgaba beneficios penales a los desmovilizados (miembros de la guerrilla que decidían someterse a la justicia, entregar sus armas y reincorporarse a la sociedad). Sumariamente, las directrices de la Corte IDH son las siguientes:

- A. En relación al derecho a la verdad de las víctimas, la Corte IDH ha señalado que el Estado tiene la obligación positiva de satisfacerlo en dos dimensiones. La primera de ellas exige una verdad en “*dimensión colectiva*” e “*histórica*” de la forma más completa posible. En este contexto, las Comisiones de la Verdad son un mecanismo legítimo que puede complementar –pero no sustituir– el ejercicio

---

<sup>516</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs 194-195.

de la potestad punitiva del Estado. La obligación de encontrar la verdad de los hechos constituye un “deber jurídico propio” del Estado por lo que las investigaciones deben ser iniciadas e impulsadas de oficio y no “como una simple gestión de intereses particulares”<sup>517</sup>.

- B.** Las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio<sup>518</sup>.
- C.** El Estado debe investigar, juzgar, sancionar y reparar las violaciones de DDHH. El modelo que demanda la Corte IDH es primordialmente judicial y penal pues requiere de 1) del respeto del debido proceso; 2) del principio contradictorio – que implica la presunción de inocencia–; 3) el principio de plazo razonable; 4) recursos efectivos; 5) proporcionalidad en la pena; 6) el cumplimiento efectivo de la pena.
- D.** La investigación debe ser emprendida de oficio, a cargo del Estado y debe determinar “la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones”, agregando que “son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones” a los DDHH.
- E.** El principio *ne bis in ídem* no reviste carácter absoluto. Aquello no se limita a los casos de “cosa juzgada aparente o fraudulenta” sino que se extiende a cualquier caso donde exista una “sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada” siempre que aparezcan nuevos hechos o prueba que permitan la determinación de los responsables (o reexaminar el grado de participación o responsabilidad de los ya juzgados) en casos relativos a graves violaciones a los DDHH<sup>519</sup>. *De tal suerte, el procedimiento penal es potencialmente infinito.*
- F.** La pena debe ser el resultado de un proceso judicial que cuente con las garantías del debido proceso. *Se encuentran prohibidas las penas genéricas establecidas sin criterio alguno de gradación.* En ese sentido, el juez debe motivar –

---

<sup>517</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs 194-195.

<sup>518</sup> Ídem.

<sup>519</sup> Ídem, párr. 197.

obedeciendo a criterios como el grado de participación del acusado, la culpabilidad del mismo en los hechos y la gravedad de los hechos. *En ese contexto, la pena debe ser proporcional al bien jurídico afectado*<sup>520</sup>.

- G.** Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la CADH, aunque la Corte IDH no especifica cuáles podrían ser estos. En todo caso, el principio de proporcionalidad debe aplicarse de tal forma de que “no se haga ilusoria la justicia penal”<sup>521</sup>.
- H.** Las víctimas deben tener un rol esencial en el proceso penal, pudiendo formular pretensiones y participar aportando elementos probatorios en todas las etapas en las que se decida sobre responsabilidad, pena y reparaciones.
- I.** El deber de reparar a las víctimas constituye un “deber ineludible” en términos de la Corte IDH. Este deber debe ser cumplido por el Estado de forma “directa y principal” en las violaciones de DDHH de las cuales sea responsable, sea por acción u omisión<sup>522</sup>.
- J.** Los mecanismos de exigencia de reparación deben ser configurados por el Estado de forma tal de que sean sencillos y efectivos, de forma tal que las víctimas “no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos”<sup>523</sup>.
- K.** En casos de graves violaciones de DDHH, la jurisdicción militar es inaplicable por violar garantías relacionadas a la independencia e imparcialidad del tribunal que juzgará el delito. En estos casos, debe ser la jurisdicción ordinaria la que tenga competencia. De acuerdo a la Corte IDH, la competencia de tribunales militares debe limitarse a “bienes jurídicos propios del orden militar”<sup>524</sup>.

Basta insistir aquí en que la Corte IDH no innovó en lo más mínimo su jurisprudencia desarrollada anteriormente en base a casos de auto-amnistías, amnistías generales y otras medidas de impunidad. Como se puede apreciar, se insiste vigorosamente en la idea de que cada una de las víctimas tiene un derecho individual a un proceso penal y al

---

<sup>520</sup> Ídem, párr. 196.

<sup>521</sup> Ídem.

<sup>522</sup> Ídem, párr. 198.

<sup>523</sup> Ídem.

<sup>524</sup> Ídem, párr. 200.



castigo de su victimario, a manera de reparación<sup>525</sup>. Igualmente, cualquier otro mecanismo ajeno al proceso penal es visto como supletorio, pero nunca alternativo.

### 3.5.3. El derecho a la reparación

El concepto de reparación tiene una extensa tradición en el derecho internacional<sup>526</sup> y exige que los Estados deban resarcir integralmente los perjuicios causados por hechos internacionalmente ilícitos de los que sean responsables. Al respecto, la Corte IDH ha manifestado que “es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo”<sup>527</sup>.

En ese sentido, el artículo 63.1 de la CADH establece que cuando la Corte IDH decida mediante sentencia que existió una violación de un derecho o libertad fundamental protegidos por el tratado, el tribunal dispondrá que se garantice al lesionado el goce del derecho o libertad conculcado. En el mismo sentido, dispone que si la Corte IDH lo estima procedente, ordenará que se reparen las consecuencias de la vulneración de derechos, así como el pago de una indemnización justa a la parte lesionada.

A partir de esta norma particular, se colige que el deber de reparación que surge a partir de una sentencia internacional es distinto por su fuente de cualquier otro deber indemnizatorio con origen nacional. Una consecuencia concreta de esta afirmación es que el Estado se encuentra impedido de alegar la existencia de procesos judiciales internos en los que se discuta la obligación de reparar como medio para incumplir la sentencia dictada:

---

<sup>525</sup> De forma tal que el *ius puniendi* desaparece como potestad del Estado y éste último se transforma más bien en un árbitro entre la víctima y victimario.

<sup>526</sup> Vid. ONU, Comisión de Derechos Humanos, “*Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 2 de julio de 1993.

<sup>527</sup> Desde la sentencia hito del tribunal interamericano, Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), párr. 25.

Con motivo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar, distinta a la reparación que los familiares de la víctima pudieran obtener de otras personas naturales o jurídicas. En consecuencia, el hecho de que se tramite una acción civil de resarcimiento contra particulares en el fuero interno, no impide a la Corte ordenar una reparación económica a favor de la señora Albertina Viana Lopes, por las violaciones de la Convención Americana. Corresponderá al Estado dentro de su jurisdicción resolver las consecuencias que pudiera eventualmente tener la acción civil de resarcimiento que la señora Albertina Viana Lopes interpuso en la jurisdicción interna<sup>528</sup>.

Además, el Tribunal interamericano ha indicado que la CADH –en referencia al artículo 63.1– no condiciona la eficacia de las órdenes de la Corte IDH a la existencia de mecanismos de reparación existentes en el derecho interno del Estado parte que ha sido condenado. Partiendo de allí, un Estado no puede alegar la inexistencia, defectos, imperfecciones o insuficiencia de su derecho nacional para dejar de cumplir una reparación dispuesta por el tribunal toda vez que la obligación de reparar no depende del derecho nacional, sino que existe con independencia de aquel<sup>529</sup>. A lo mencionado, habría que añadir que de conformidad con la Convención de Viena sobre la Interpretación de los Tratados de 1969, ningún Estado puede alegar su derecho nacional para incumplir obligaciones que dimanen del derecho de los tratados<sup>530</sup>.

Visto desde la perspectiva de la víctima directa de la violación de derechos, los tribunales se han inclinado a mantener una posición incluyente. En este sentido, se reconoce generalmente que las personas jurídicas pueden ser sujetos de reparación y que los familiares directos de la persona natural también ostentan esta calidad en caso de imposibilidad de reparación directa.

La reparación de las víctimas es una obligación que en principio debe cumplir la persona que causó el daño. Sin embargo, en casos relativos a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, además de otras graves violaciones de DDHH el Estado tiene la obligación de satisfacer el deber de reparar de forma

---

<sup>528</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr.232. Sin perjuicio de lo mencionado, es necesario hacer notar que cuando la Corte IDH lo considera pertinente, imputa lo pagado por el Estado a la indemnización que ordena a favor de la víctima.

<sup>529</sup> Por todas, Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), párr. 30.

<sup>530</sup> En este sentido, el artículo 26 del tratado en cuestión dispone “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. En el mismo sentido, el artículo 27 reza “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”. Vid. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, con entrada en vigor el 27 de enero de 1980, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

subsidiaria cuando el obligado principal no quiera o no pueda cumplir su deber<sup>531</sup>. Ahora bien, hay que separar la obligación propia del Estado de indemnizar debido a la falta de investigación, procesamiento y sanción de lo comentado anteriormente ya que en este supuesto el Estado es el obligado principal<sup>532</sup>.

En relación con lo anterior, en caso de reparaciones masivas con motivo de procesos de justicia transicional el tribunal interamericano ha destacado en el *caso Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013)* que:

En relación con las medidas de reparación, la Corte resalta que el Derecho Internacional contempla la titularidad individual del derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indica que, en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación.

En esos contextos, esas medidas de reparación deben entenderse en conjunto con otras medidas de verdad y justicia, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad —en especial, a partir de la consulta y participación de las víctimas—; su adopción de buena fe; el nivel de inclusión social que permiten; la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas pecuniarias, el tipo de razones que se esgrimen para hacer reparaciones por grupo familiar y no en forma individual, el tipo de criterios de distribución entre miembros de una familia (órdenes sucesorales o porcentajes), parámetros para una justa distribución que tenga en cuenta la posición de las mujeres entre los miembros de la familia u otros aspectos diferenciales tales como si existe propiedad colectiva de la tierra o de otros medios de producción<sup>533</sup>.

En efecto, de las diferencias principales entre el derecho a la verdad y a la justicia en comparación con el derecho a la reparación, es que se puede afirmar que en el caso de la verdad y la justicia existen dos titulares de derecho reconocidos jurisprudencialmente. De tal suerte, la jurisprudencia de la Corte IDH reconoce, como señala Tatiana RINCÓN, que “las sociedades tienen tanto un derecho colectivo a conocer su historia de opresión y de graves violaciones de derechos humanos como un derecho a exigir la investigación

---

<sup>531</sup> Asamblea General de la ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados el 16 de diciembre de 2005, punto #16.

<sup>532</sup> “...los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Cfr. Ídem, punto #16.

<sup>533</sup> Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270. Párr. 470.

y castigo de aquellos crímenes que, por su inhumanidad y gravedad trascienden la esfera individual de la persona directamente agredida”<sup>534</sup>.

En cambio, en el caso del derecho a la reparación “las sociedades, en su conjunto, no tienen reconocido expresamente, en principio y hasta el momento, un derecho similar a reclamar reparación: la reparación está ligada a quien o a quienes han sufrido violaciones de sus derechos y, a causa de las mismas, han padecido daños, incluidas comunidades, grupos y poblaciones”<sup>535</sup>.

Siguiendo el criterio de que se produce una violación de derechos fundamentales por la falta en conjunto de las obligaciones de investigar procesar y, de ser el caso, sancionar<sup>536</sup>, la jurisprudencia de la Corte IDH ha destacado que el Estado tiene un deber ineludible de reparar de forma “directa y principal” las violaciones de DDHH de las que es responsable, siguiendo los estándares de atribución de responsabilidad internacional.

Para ello, una de las directrices principales en esta materia es que las víctimas de graves violaciones a los DDHH “no se enfrenten a complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos”<sup>537</sup>. Por este motivo, en casos de injusticias masivas el Estado debe asumir el deber de reparación de forma oficiosa y diseñar políticas públicas adecuadas que resulten, dadas las características especiales de los hechos, un medio adecuado para reparar al colectivo de víctimas, evitando procedimientos individuales de carácter jurisdiccional que inicien a petición de ellas.

### **3.5.4. La tipología de las reparaciones**

Para el caso específico de las violaciones masivas o sistemáticas de DDHH, la Asamblea General de la ONU dictó una serie de principios y directrices básicos que

---

<sup>534</sup> RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario, 2010, p.75.

<sup>535</sup> Ídem.

<sup>536</sup> La Corte IDH ha señalado que: “...existe un vínculo entre la obligación de investigar, la posibilidad de acceso a una adecuada reparación y los derechos de las víctimas de las violaciones acaecidas a acceder a la justicia”. Cfr. Corte IDH. *Caso García Lucero y otras v. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

<sup>537</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr.198.

deben seguir los Estados miembros de la organización<sup>538</sup>. De acuerdo al documento citado existen cinco modalidades de reparación entre las que se encuentran la restitución, la indemnización, la rehabilitación y las garantías de satisfacción y de no repetición. A continuación, se aborda el significado de cada uno de estos tipos de reparación de acuerdo a jurisprudencia interamericana.

## **A. La restitución**

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Asamblea General de la ONU señalan que la restitución debe devolver a la víctima, siempre que esto sea posible, a la situación anterior a la violación de sus derechos. En ese sentido, ha indicado que la restitución implica el restablecimiento de la libertad, del goce de los DDHH, de la identidad, la vida familiar, la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, ser integrado al empleo y que le sea restituida su propiedad<sup>539</sup>.

El tribunal interamericano ha señalado que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior”<sup>540</sup>. Sin embargo, cuando aquello no es posible dadas las circunstancias de cada caso concreto, la propia Corte IDH tiene la obligación de determinar una serie de medidas para garantizar los DDHH vulnerados, así como reparar las consecuencias del daño y establecer una indemnización a favor de la víctima.

---

<sup>538</sup> Asamblea General de la ONU, “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, aprobados el 16 de diciembre de 2005.

<sup>539</sup> Asamblea General de la ONU, “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, aprobados el 16 de diciembre de 2005, punto #19.

<sup>540</sup> En el caso de referencia, ante la imposibilidad de la restitución integral de la víctima en su derecho, la Corte IDH señaló que “en lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la *restitutio in integrum* y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la práctica jurisprudencial internacional mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria, a la cual debe sumarse las medidas positivas del Estado para conseguir que hechos lesivos como los del presente caso no se repitan”. Vid. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas), párrs. 39-40.

En el caso de las víctimas desplazadas de su lugar de domicilio con motivo del conflicto armado, la Corte IDH ha ordenado al Estado que desarrolle un programa para que, a elección de la víctima, esta pueda retornar al lugar del que fue ilícitamente desplazada o reasentarse en otro lugar y continuar con su proyecto de vida. Del mismo modo, como medida de restitución, la Corte IDH ha requerido al Estado desarrollar un plan habitacional para las víctimas desplazadas<sup>541</sup>.

## **B. Indemnización**

La indemnización debe ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de las violaciones de DDDHH y del DIH. Los criterios que deben ser tomados en consideración comprenden: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales<sup>542</sup>.

Por otra parte, las acciones civiles para obtener indemnizaciones son permisibles, aunque no deben sustituir el deber propio del Estado de reparar y tampoco pueden ser la única vía en casos de violaciones masivas o sistemáticas a los DDHH o el DIH<sup>543</sup>. En este sentido, debe procurarse una reparación integral que no puede reducirse al simple pago de una indemnización económica a los familiares de la víctima<sup>544</sup>.

En materia de indemnizaciones compensatorias, la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH exige a la víctima demostrar el daño material, entendido como la pérdida o detrimento en los ingresos, los gastos pecuniarios efectuados y relacionados con los hechos del caso, así como cualquier otra consecuencia pecuniaria que guarde relación causa-efecto con la violación de DDHH.

---

<sup>541</sup> Ídem párr. 346.

<sup>542</sup> Asamblea General de la ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados el 16 de diciembre de 2005, punto #20.

<sup>543</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), párr. 145.

<sup>544</sup> Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 214.

Sin perjuicio de ello, la Corte IDH reconoce también el daño inmaterial, consistente en los sufrimientos y aflicciones causadas a la víctima directa y sus allegados, cuya indemnización puede ser establecida por el tribunal en equidad<sup>545</sup>. En ciertos casos, como el del desplazamiento ilegal de personas, es razonable presumir el daño. Finalmente, cabe mencionar que el concepto de costas y gastos procesales se encuentra incluido dentro del rubro de reparación<sup>546</sup>.

### **C. Rehabilitación**

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Asamblea General de la ONU señalan que “la rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”<sup>547</sup>.

En la jurisprudencia de la Corte IDH constan garantías de rehabilitación como la orden de brindar a las víctimas atención psicológica o psiquiátricas a todas las víctimas que pudieren hallarse en la misma situación más allá del caso concreto<sup>548</sup> y también ha ordenado al Estado brindar a las víctimas la oportunidad de formarse educativamente en programas diseñados para adultos a consecuencia de la frustración de su proyecto de vida o la concesión de becas de estudios secundarios y universitarios<sup>549</sup>.

### **D. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición**

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves

---

<sup>545</sup> Ídem, párrs. 382-383.

<sup>546</sup> “La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria...Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable”. Ídem, párr. 389.

<sup>547</sup> Asamblea General de la ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados el 16 de diciembre de 2005, punto #21.

<sup>548</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 268.

<sup>549</sup> Corte IDH. *Caso Gómez Palomino v. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 145-148.

del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Asamblea General de la ONU informan que las medidas de satisfacción deben ser ordenadas parcial o totalmente de acuerdo a criterios de pertinencia según el caso concreto.

Entre estas medidas se encuentran: a) las necesarias para cesar las violaciones; b) verificación de los hechos y revelación de la verdad completa; c) la búsqueda de las personas desaparecidas, identidades de los niños secuestrados, personas asesinadas, así como la ayuda para recuperarlos o inhumarlos; d) una declaración oficial o una sentencia judicial que restablezca la dignidad y la reputación de la víctima; e) una disculpa pública con reconocimiento de los hechos y aceptación de responsabilidad; f) sanciones judiciales o administrativas a los responsables; g) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; y, h) incorporar a la enseñanza de los DDHH y al respectivo material didáctico las violaciones ocurridas<sup>550</sup>.

En relación a las medidas de satisfacción, la Corte IDH ha rescatado la necesidad de que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad ante las víctimas. Así, la Corte IDH ha aprobado reconocimientos que: a) fueron realizados en público; b) en el lugar de los hechos donde se perpetró la violación de DDHH; c) que cuente con la presencia de víctimas sobrevivientes, familiares y miembros de la comunidad; e) que el acto sea conducido por altas autoridades del Estado; y, f) que el acto cuente con mecanismos de difusión<sup>551</sup>.

Entre las reparaciones ordenadas por la Corte IDH constan la denominación de escuelas con nombres conmemorativos de las víctimas<sup>552</sup>; la orden de nombrar una plaza o calle importante con el nombre de la víctima<sup>553</sup>; la orden de crear espacios de conmemoración como museos, monumentos o memoriales<sup>554</sup>; la orden de crear

---

<sup>550</sup> Ídem, punto #22.

<sup>551</sup> Ídem, párr. 357.

<sup>552</sup> “...la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los nombres de los jóvenes víctimas de este caso...Ello contribuirá a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas”. Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. No. 77, párr. 103.

<sup>553</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 286.

<sup>554</sup> Corte IDH. *Caso Rochach Hernández y otros v. El Salvador*. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 243.



documentales en video sobre la víctima<sup>555</sup>; la orden de crear una beca educativa con el nombre de la víctima<sup>556</sup>; la orden de exhumar los restos mortales de la víctima y disponer de aquellos según la voluntad de los familiares de aquella respetando, además, sus posiciones religiosas o culturales<sup>557</sup>; la orden de crear una página web de búsqueda de desaparecidos<sup>558</sup> o la creación de un sistema de información genética para encontrar a familiares<sup>559</sup>, la orden de crear programas de capacitación a las fuerzas públicas<sup>560</sup>, entre muchas otras medidas.

En línea con lo comentado, la Corte IDH ha considerado reiteradamente que la sentencia que declara la existencia de la violación al derecho fundamental y adjudica responsabilidad del Estado constituye en sí misma una forma de reparación hacia la víctima<sup>561</sup> pues coadyuva a la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos<sup>562</sup>. Para ello, el tribunal ha requerido la publicación de la sentencia en diversos medios tradicionales y digitales<sup>563</sup>.

De otra parte, en lo relativo a las medidas de no repetición, las mencionadas directrices informan que aquellas pueden incluir algunas o todas las siguientes acciones: a) ejercer control efectivo de las autoridades civiles y fuerzas armadas y de seguridad; b) garantizar que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a normas internacionales; c) el fortalecimiento de la independencia judicial; d) la protección de defensores de los DDHH, profesionales del derecho, la salud y otros sectores conexos.

---

<sup>555</sup> “Como medida de satisfacción, y dada la importancia de la reivindicación de la memoria y dignidad del Senador Cepeda Vargas, el Tribunal valora la solicitud realizada por los representantes, pues estas iniciativas son significativas tanto para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas, como para la recuperación y reestablecimiento de la memoria histórica en una sociedad democrática”. Además, el tribunal interamericano señaló la cantidad mínima de ocasiones y la forma en la que el Estado debe reproducir y publicitar el video documental. Cfr. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 228-229.

<sup>556</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 231-233.

<sup>557</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr.79-83.

<sup>558</sup> Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrs. 189-191.

<sup>559</sup> Ídem, párrs. 192-193.

<sup>560</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, serie C No. 252, del 25 de octubre de 2012, párrs. 335- 339.

<sup>561</sup> Corte IDH. *Caso El Amparo v. Venezuela*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (Reparaciones y Costas). Serie C No. 28, párr. 35.

<sup>562</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 77, y *Caso Gelman v. Uruguay*, Op.Cit. párr. 265.

<sup>563</sup>Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote v. El Salvador*, Op. Cit., párr. 361.

Así mismo, la capacitación de todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en materia del DIDDHH y el DIH; f) la promoción de códigos de conducta y normas éticas para todo funcionario público, inclusive fuerzas de seguridad, empresas comerciales, servicios penitenciarios, servicios médicos, sociales y psicológicos; g) promoción de mecanismos de prevención, vigilancia y resolución de conflictos sociales; y, h) la revisión y reformas de leyes que contribuyan a la violación del DIDDHH o el DIH<sup>564</sup>.

### **3.5.5. Más allá de los tribunales y de la reparación individual**

Es posible analizar las reparaciones en favor de las víctimas de graves violaciones de DDHH desde dos perspectivas, la individual y colectiva. Como señala Pablo DE GREIFF, los tribunales de justicia “no tienen más opción que considerar cada caso en sus propios términos”<sup>565</sup>. En contraposición, los gobiernos que diseñan un programa masivo de reparaciones deben responder ante un universo mucho más amplio de víctimas y enfrentan problemas de complejidad diferenciada. En este supuesto resulta más apropiado concebir a las reparaciones no como una medida de satisfacción puramente individual sino como un proyecto político que busca la reconstitución de la sociedad.

Lo dicho anteriormente puede apreciarse mejor si se considera que en los conflictos de los que se encarga la justicia transicional, la aplicación de criterios de reparación como la *restitutio in integrum* pueden resultar no solamente impracticables o dificultosos, sino también insuficientes pues la situación anterior a la vulneración del derecho fundamental lejos de ser idónea para la víctima, se trataba también de un estado de cosas injusto y que condujo a la violencia masiva.

Ello puede ejemplificarse perfectamente con el caso sudafricano, donde el conflicto subyacente es el racismo y la profunda desigualdad social; o el colombiano, donde el conflicto subyacente es, de nuevo, la extrema pobreza y la distribución de la tierra. En

---

<sup>564</sup> Asamblea General de la ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados el 16 de diciembre de 2005, punto #23.

<sup>565</sup> DE GREIFF, Pablo. “Justicia y reparaciones” en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, p.412.

fin, como se han preguntado UPRYMN Y GUZMÁN RODRÍGUEZ ¿de qué sirve restituir a la víctima al estado anterior cuando aquel estado de cosas sigue siendo injusto?:

...si la víctima era antes del crimen una persona pobre en una sociedad muy desigual...entonces el propósito de restitución plena parece un ideal de justicia muy débil, porque implicaría retornar a la persona a una situación previa de privaciones materiales y discriminación. En ese caso, la restitución integral “es casi cruel”, porque conduce a la violación de los derechos sociales de la persona y a la consolidación de una estructura social que desconoce principios de justicia distributiva<sup>566</sup>.

Se comparte con DE GREIFF la idea de que las normas del sistema jurídico típico no fueron concebidas para la reparación de injusticias masivas y que aquello se puede predicar también del derecho internacional. Como señala el autor: “...la mayoría de los tratados de derechos humanos han sido concebidos y configurados para responder a violaciones de manera individualizada, y no a través de programas masivos”<sup>567</sup>. Para poner de relieve los desafíos del problema planteado, vale recordar el ejemplo propuesto por DE GREIFF en el que explica que, siguiendo los estándares indemnizatorios de la Corte IDH –aproximadamente \$150.000 a \$200.000 por víctima– en los casos sobre graves violaciones de DDHH en el Perú, aquel país suramericano habría quedado en banca rota, simplemente, porque la cuantía de las reparaciones debidas superaba el presupuesto general del Estado<sup>568</sup>.

Sumado a lo anterior, la lógica de la reparación individual, basada en un procedimiento judicial caso por caso para *constituir a una persona en víctima*, resulta inconveniente en contextos transicionales, básicamente, porque no todas las personas cuentan con la misma oportunidad de acceso a los tribunales. Como menciona DE GREIFF “...las víctimas más adineradas, mejor educadas y que viven en zonas urbanas no solo tienen una primera oportunidad, sino una mejor oportunidad de obtener justicia a través de estos procedimientos caso por caso”<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup>UPRIMNY, Rodrigo y GUZMÁN-RODRÍGUEZ, Diana. “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No.17, 2010, pp. 246-247.

<sup>567</sup> DE GREIFF, Pablo. “Justicia y reparaciones” Op. Cit., 2011, p.413.

<sup>568</sup> Destaca el autor que: “...esto era completamente irrealizable para el país, incluso si los costos se hubiesen distribuido a lo largo de varios años, e incluso si el plan de reparaciones hubiera contado con un apoyo político incondicional...Durante largo tiempo hubo la muy fuerte posibilidad de que, dadas estas expectativas, cualquier cosa que hubiera propuesto la CVR habría sido una enorme decepción. Y, dado el impacto que tienen las percepciones acerca de reparaciones sobre la evaluación que hace la gente del éxito o fracaso del trabajo *general* de una comisión de la verdad, este no es un asunto insignificante”. DE GREIFF, Pablo. “Justicia y reparaciones” Op. Cit., 2011, p.418.

<sup>569</sup> DE GREIFF, Pablo. “Justicia y reparaciones” Op. Cit., 2011, p.419.

En perspectiva del SIDH, es bien conocido que los casos que superan el examen de la CIDH y alcanzan el juzgamiento de la Corte IDH son un número bastante módico. Ello obedece a varios motivos, uno de ellos la propia estructura del sistema: la CIDH se ve presionada y limitada –en cuestiones tan básicas como la contratación de personal– por los Estados a través del financiamiento al sistema<sup>570</sup>. A su vez, la Corte IDH se encuentra compuesta por tan solo siete jueces, que ni siquiera sesionan de forma permanente. Cabe añadir que una buena parte de los casos que prosperan son patrocinados por ONGS urbanas y víctimas que pueden permitirse un proceso de casi una década<sup>571</sup>.

En contextos de transición, el acceso de las víctimas a la justicia nacional o interamericana a efectos de obtener reparación no es el único problema. Además de esta barrera de acceso a la reparación, existe la posibilidad de que los remedios que conceda un tribunal nacional difieran de los que conceda la Corte IDH, aunque se trate de violaciones de DDHH similares o idénticas. Siguiendo el criterio expresado por DE GREIFF:

...la diferencia en las compensaciones puede enviar el mensaje de que la violación de los derechos de algunas personas es peor que la violación de los mismos derechos de otras, debilitando así una importante preocupación por la igualdad, y teniendo como resultado una jerarquización de las víctimas<sup>572</sup>.

Desde el Derecho interno y la perspectiva procesal, no puede obviarse que el litigio acarrea generalmente prolongadas demoras, especialmente si se trata de un Estado que atraviesa un conflicto transicional y que además acarrea altos costos. Lo más importante, comporta la necesidad de aportar prueba (sobre los hechos, la culpabilidad del autor, la cuantificación de los daños) que debe ser valorada bajo criterios jurídicos, por lo que el resultado del juicio podría ser contrario a los intereses de la víctima. A lo

---

<sup>570</sup> En general, sobre este problema, vid. CETRA, Raísa y NASCIMENTO, Jefferson. “Contando monedas: el financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos”. En *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá D.C., 2015 pp. 62-107.

<sup>571</sup> “...el tiempo promedio total de espera para que una petición obtenga una decisión de adjudicación de su caso mediante una decisión de la Corte IDH es de 106 meses. De estos, al menos 82 corresponden al trámite en la comisión y 24 al procedimiento ante la Corte. En otras palabras, el tiempo medio de espera de una víctima para la resolución de su petición es de 6 años y 8 meses en la CIDH y de dos años más si el caso se somete ante la Corte IDH (eso sin contar con el tiempo de espera para que se cumpla con dicha decisión)”. Vid. SÁNCHEZ, Nelson y LYONS CERÓN, Laura. “El elefante en la sala. El retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano”. En *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá D.C., 2015, p. 265.

<sup>572</sup> DE GREIFF, Pablo. “Justicia y reparaciones” Op. Cit., 2011, p.420.

dicho hay que añadir que la víctima se encuentra forzada al interrogatorio dada la naturaleza contradictoria del procedimiento jurisdiccional. Por estos motivos, puede llegarse a la conclusión de que las características propias del proceso judicial lejos de hacer más fácil la reparación de la víctima podrían perjudicarle y además re victimizarle. En línea con lo comentado, el tribunal interamericano ha mencionado que:

...en escenarios de justicia transicional, en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que pueden exceder ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación<sup>573</sup>.

Tomando en consideración que existe un estado de cosas injusto que promueve las graves violaciones de DDHH y que los Estados se encuentran limitados de facto a proporcionar a todas las víctimas la indemnización que individualmente ordenaría un tribunal, merece la pena pensar en las reparaciones colectivas como un proyecto político más allá de los tribunales. Frente a esta realidad, los programas administrativos de reparaciones masivas no son, siguiendo la opinión de Pablo DE GREIFF, un *second best choice*, sino que tienen un valor cualitativo y cuantitativo propio. A partir de un programa de reparaciones masivo el Estado reconoce oficiosamente la calidad de víctima de una persona y la reconstituye en sus derechos, pues la reparación presupone la comisión de un daño injusto del cual existe un responsable.

Uno de los desafíos más importantes para el nuevo gobierno que debe afrontar las injusticias masivas cometidas por el régimen anterior o bien zanjar un conflicto armado con grupos paraestatales consiste en legitimarse ante la sociedad toda. El motivo es sencillo: como la justicia transicional es una justicia de excepción, las víctimas nunca verán satisfechas sus expectativas al cien por ciento dado que los procesos transicionales implican una negociación con límites normativos, pero también con concesiones. Como sugiere CORREA, frente a este problema político “un Estado que pretende afirmar su legitimidad, como gestor del bien común, en la defensa y promoción de los derechos humanos, debe enfrentar las violaciones del pasado como parte de una política pública”<sup>574</sup>.

---

<sup>573</sup> Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros v. Chile*. Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (fondo, reparaciones y costas), párr. 98.

<sup>574</sup> CORREA, Cristián. “Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú” en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual*

En el caso de la transición a la democracia, no basta “la mera tolerancia de demandas individuales para marcar una distinción respecto de un pasado represor que tergiversó la esencia de su misión”<sup>575</sup>. Lejos de una tolerancia pasiva frente a reclamos de DDHH, el Estado debe legitimarse a través de la respuesta por vía de políticas públicas. Siguiendo la opinión de CORREA sobre este particular, la utilización de políticas públicas como remedio colectivo es una afirmación contra fáctica –y en consecuencia reafirma la confianza hacia el sistema– contra la corrompida práctica estatal de haber “utilizado sus recursos, estructura y monopolio legítimo de la fuerza para reprimir a ciudadanos, violar sus derechos y cometer y amparar crímenes”<sup>576</sup>.

Un programa de reparación masiva serio permite que las aspiraciones de justicia y libertad de las víctimas coincidan con las acciones concretas del gobierno. Ello tiene el efecto virtuoso de que los perseguidos sientan, en palabras de Paulo ABRÃO y Marcelo TORELLY, “que pertenecen nuevamente al país y la comunidad que les dio la espalda en el pasado”, recomponiendo su identidad y el concepto mismo de comunidad política<sup>577</sup>. Sin embargo, sería ingenuo pensar que los programas administrativos de reparación masiva no presentan problemas potenciales y cuestionamientos.

Algunos desafíos de los programas mencionados son tan pragmáticos como definir el universo de víctimas y el procedimiento para reconocer tal calidad. Es cierto que existe el riesgo de sobre e infrainclusión y, sin embargo, parece que ese riesgo es asumible frente al estándar mucho más estricto del proceso judicial. Otra objeción posible tiene que ver con la distribución de los recursos y los criterios para asignar una mayor o menor indemnización económica (como, por ejemplo, la renta producida por la víctima) y el riesgo de crear diferencias artificiales entre las víctimas, generando resentimiento y división social<sup>578</sup>. Frente a tal crítica, cabe señalar que el modelo judicial propende a

---

*para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, p.444.

<sup>575</sup> Ídem.

<sup>576</sup> CORREA, Cristián. “Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú”, Op. Cit, 2011, p.444.

<sup>577</sup> ABRÃO, Paulo y TORELLY, Marcelo. “El programa de reparaciones como eje estructurador de la justicia transicional en Brasil” en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, p.502.

<sup>578</sup> No se debe dejar de mencionar el argumento de UPRIMNY y GUZMÁN RODRÍGUEZ: “...si la víctima era una persona muy pudiente en una sociedad... parece también injusto intentar a toda costa restablecerla en la situación en que se encontraba antes del conflicto, porque se estarían usando recursos escasos para reconstituir fortunas, cuando esos mismos recursos son requeridos urgentemente para financiar servicios

incurrir mucho más en esa práctica, agravada además porque no todas las víctimas cuentan con el mismo acceso a tribunales nacionales o internacionales.

También existe, por supuesto, el riesgo de que suceda lo inverso: que las víctimas generen resentimiento y división, precisamente, porque todas son indemnizadas exactamente con la misma cuantía o bien con las mismas medidas de reparación no pecuniarias. Frente a esta importante objeción cabe señalar que debe prevalecer una función cognoscitiva de la reparación bajo el principio de que debe maximizarse los recursos para la mayor cantidad de víctimas posibles, transmitiendo el mensaje de que todos cuentan para el Estado.

De otro lado, una crítica que debe ser tomada en cuenta es que los programas de reparación masiva por justicia transicional no deben confundirse con las políticas públicas para el desarrollo. Como han señalado ROTH ARRIAZA y ORLOVSKY, podría perderse la esencia cognoscitiva de la reparación que es el desagravio a la víctima<sup>579</sup>. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando se pierde la noción del universo de titulares de reparación por dejar de lado la necesidad de registro, o no tomar en cuenta el marco temporal, territorial o el tipo de crímenes de los que fueron víctimas.

Se puede pensar en la combinación de la reparación por políticas de justicia transicional y las políticas del desarrollo como un problema, pero también como una posibilidad de sinergia en la medida que alcanzar los niveles de desarrollo previstos por el PNUD ayuda, sin lugar a dudas, a prevenir violaciones futuras de DDHH.

Visto el panorama general de las reparaciones individuales concedidas por los tribunales de justicia y las reparaciones que puede brindar un programa de reparación masiva, cabe preguntarse ¿debería variar de algún modo la aproximación de la Corte IDH frente a un Estado que ha demostrado la implementación de un programa de amplio alcance? Claramente, el Estado evidenciaría su compromiso con la obligación de prevenir por vía

---

sociales para población pobre no victimizada...Este resultado también parece contradecir principios de justicia distributiva y, en todo caso, implica la violación de los deberes del Estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales. UPRIMNY, Rodrigo y GUZMÁN-RODRÍGUEZ, Diana. “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No.17, 2010, pp. 231-286.

<sup>579</sup> ROTH ARRIAZA, Naomi y ORLOVSKY, Katharine. “Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria” en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, p.527.

de organización sistémica<sup>580</sup>, de adecuar su derecho interno al derecho internacional y de reparar a las víctimas.

En primer lugar, el Estado demostraría que ha organizado todo su aparato, bien para articular toda la estructura gubernamental ya existente<sup>581</sup> (principio de coordinación) y hacer eficaz la política de reparaciones o, alternativamente, creando un sistema completamente nuevo y de objeto único. En segundo lugar, demostraría la adaptación del derecho interno expidiendo normas jurídicas que aseguren a largo plazo la duración del plan de reparaciones<sup>582</sup>; y, en tercer lugar, demostraría que está cumpliendo oficiosamente con el deber de reparar a víctimas de graves violaciones de DDHH.

El objetivo de los programas administrativos de reparación no es restituir a la víctima de daños que resultan incompensables desde lo moral. El objetivo de la justicia transicional debe ser mucho más modesto para ser exitoso: debe limitarse a sentar las bases de respeto interpersonal y la confianza hacia el Derecho. Debe sentar las bases para el futuro a partir del reconocimiento.

### **3.6. Conclusiones del capítulo**

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, los deberes del Estado consisten en prevenir, investigar, procesar y sancionar crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y otras graves violaciones de DDHH. Sobre estas conductas, el tribunal interamericano ha señalado que se trata de crímenes que no son susceptibles de

---

<sup>580</sup> “Cuanto más “integrado” es un programa de reparación —es decir, cuando es complejo o combina diferentes tipos de beneficios—, mayor es el rol que deben cumplir los múltiples órganos del Estado. Por lo menos, debe haber ministerios y una estructura administrativa, ya que los fondos no solo deben recaudarse sino también desembolsarse. Esta amplia participación del Gobierno, necesaria para implementar un programa de reparación, es una fuente de tensiones y, potencialmente, de sinergias en un desarrollo a largo plazo”. ROTH ARRIAZA, Naomi y ORLOVSKY, Katharine. “Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria”, Op. Cit, p.536.

<sup>581</sup> Enfrentando el problema que describen ROTH-ARRIAZA y ORLOVSKY: “Una de las más grandes barreras a los programas, tanto en Perú como en Guatemala, por ejemplo, ha sido la necesidad de canalizar una estrategia de justicia transicional a través de estructuras del Estado que son inapropiadas para el propósito, al punto que no existen en absoluto. Además de la falta de recursos y, a menudo, de preparación, los ministerios del Gobierno tienden a operar en “silos” separados sin mucha comunicación entre ellos (y con frecuencia, en una relación competitiva y de desconfianza), lo que hace cada vez más difícil la creación de programas articulados”. Ídem, p.537.

<sup>582</sup> “Una inquietud relacionada con lo anterior es la que atañe a la estabilidad y la permanencia del programa de reparaciones en sí mismo, especialmente en situaciones políticamente volátiles. Cuando sea posible, tales programas resultarán más estables si se encuentran respaldados por una legislación y por presupuestos multianuales en lugar de provenir simplemente de disposiciones ejecutivas”. Vid. ROTH ARRIAZA, Naomi y ORLOVSKY, Katharine. “Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria”, Op. Cit, p.539.



ser amnistiados o indultados. Sin perjuicio de aquello, una tendencia al interior de la Corte IDH consideró que en el caso de transiciones negociadas hacia la paz algunos sacrificios deben hacerse en nombre de la reconciliación nacional y la construcción de paz positiva. Para ello, es fundamental desechar la idea de que la víctima tiene un DDHH al castigo de su opresor y apostar por la concepción liberal del derecho penal según la cual este es un instrumento para la realización fines sociales.

Partiendo de esa premisa, las amnistías incondicionadas para crímenes proscritos por el DPI están prohibidas por el derecho internacional. En caso de que se otorguen de facto aquellas pueden ser invalidadas retrospectivamente en la medida en que no cumplen con los requisitos previstos en el artículo 32 de la CADH en lo atinente a la limitación justificada de los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación. Aquello tiene la función virtuosa de limitar las negociaciones y ofertas, tanto por parte de los Estados como de los grupos armados, toda vez que un perdón sin responsabilidad es inviable.

En cambio, una amnistía condicionada a la revelación de la verdad y la reparación de las víctimas es válida ante el derecho internacional siempre que se investigue, procese y sancione, al menos, a los máximos responsables de las injusticias masivas. Este enfoque restaurador fomenta la confianza en el derecho y no impide la eventual reconciliación social por los adversos efectos colaterales de la pena. Para ello, corresponde al Estado demostrar que se trata de una ley, necesaria en una sociedad democrática, que no restringe más allá de lo necesario los derechos de las víctimas y los intereses del Estado y que este último se encuentra en una situación que excluye la ilicitud de la conducta.

Finalmente, la naturaleza adversarial del proceso judicial, especialmente, el proceso penal, puede constituir un obstáculo antes que un medio idóneo para satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad y la reparación. De un lado, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, la exclusión de la prueba ilícita y la propia naturaleza de los hechos investigados dificultan la revelación de la verdad que le interesa a la víctima. De otra parte, los procesos judiciales en materia civil pueden ser limitados en cuanto al tipo de reparaciones que se disponen y afectar gravemente el presupuesto estatal que bien podría ser empleado en un programa de reparación masiva de víctimas.



## CAPÍTULO IV: ¿EXISTE UN LUGAR LEGÍTIMO PARA EL PERDÓN? UN ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO

### 4. Introducción

El Estado colombiano suscribió un Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia<sup>583</sup> (FARC-EP) el día 26 de septiembre de 2016, tras un conflicto armado interno de más de cinco décadas que ha dejado, según el Registro Único de Víctimas (RUV) de Colombia, un saldo aproximado de 8.074.272 víctimas, de las cuales 7.134.646 corresponden casos de desplazamiento forzado, otras 983.033 a homicidios, 165.927 a desapariciones forzadas, 10.237 a torturas y 34.814 a secuestros, entre otros hechos<sup>584</sup>. Frente a la alarmante realidad social que estas cifras reflejan, el gobierno del ex presidente Juan Manuel Santos decidió iniciar un proceso de negociación con el Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML), procurando abordar todos los ejes del conflicto armado y apostando al establecimiento de una paz y reconciliación duraderas.

El propósito de este capítulo consiste en explicar lo novedoso del proceso de paz que se implementa en Colombia, desde la perspectiva del DPI, del derecho constitucional y del DIDDHH. Desde ya se advierte que abordar las causas históricas del conflicto armado, así como un análisis profundo de todos los extremos del Acuerdo de Paz –y de las leyes que se han dictado para implementarlo– simple y llanamente excederían, por mucho, el ámbito central de la investigación que, como merece la pena recordar, consiste en determinar el margen de maniobra del que disponen los Estados incursos en procesos de justicia transicional frente a tribunales internacionales, especialmente, la Corte IDH.

---

<sup>583</sup> Formalmente, “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. En el caso colombiano, se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del mismo a la luz del derecho internacional. Por un lado, podría constituir un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Ello implicaría, con una interpretación generosa, que el Acuerdo Final integra el bloque de constitucionalidad y no puede ser obstaculizado por el derecho nacional, lo que lo transformaría en una norma directamente aplicable, al menos, en lo tocante a disposiciones de derecho internacional humanitario. Por otro lado, si es de naturaleza *sui generis*, requeriría desarrollo legislativo como mecanismo de implementación local. Al respecto, vid. AMAYA-VILLARREAL, Álvaro y GUZMÁN-DUARTE, Valeria. “La naturaleza jurídico-internacional de los acuerdos de paz y sus consecuencias en la implementación.” *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 30, 2017, pp. 41-60.

<sup>584</sup> Portafolio, “8.376.463: las víctimas del conflicto armado en Colombia”. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/el-numero-de-victimas-del-conflicto-armado-en-colombia-504833> (último acceso: 24/05/2019).

En tratándose del único proceso de paz activo en la región latinoamericana, el caso colombiano merece destacarse por sus características particulares dado que se lleva a cabo en un Estado democrático, con instituciones más o menos robustas, que como se verá ha desarrollado un modelo de transición basada en la actuación judicial<sup>585</sup>. Ello hace que el caso sea particularmente relevante desde la perspectiva de los tribunales internacionales y conduce a la pregunta de si existe un lugar legítimo para el perdón en la justicia transicional; y, de ser el caso, cuáles son los rasgos, requisitos y consecuencias normativas de una noción de perdón en el Derecho.

La estructura del capítulo es la siguiente. En primer lugar, se explica sumariamente los antecedentes del Acuerdo de Paz, así como los puntos temáticos que aborda y sus principales contenidos. En segundo lugar, se comenta el origen del discurso de la justicia transicional en Colombia, se explica lo complejo del conflicto armado que surge en una sociedad sumamente inequitativa, políticamente dividida y con múltiples GAOML (FARC-EP, M-19, Paramilitares, Narcotraficantes) para después reseñar, muy brevemente, las principales diferencias del Acuerdo de Paz de 2016 con procesos anteriores, específicamente, con el proceso de Justicia y Paz del gobierno del ex presidente Álvaro Uribe.

En tercer lugar, se aborda la cuestión sobre si la paz debe ser sometida a mecanismos propios de la democracia plebiscitaria y si las víctimas tienen o no un poder de veto frente a la acción del Estado. Como cuarto punto, se explican las novedades de la Justicia Especial para la Paz (JEP) como sistema penal alternativo; y, como quinto punto, se presenta una reflexión sobre la doble dimensión del conflicto producto del delito, horizontal –entre la víctima y el victimario– y vertical –entre el Estado y el ofensor– para apostar por un *perdón vertical* basado en equivalentes funcionales de la pena (procesos penales alternativos, amnistías e indultos condicionados) que reflejan de mejor forma la función y fines del derecho penal en el Estado Social de Derecho.

---

<sup>585</sup> Como resaltan UPRIMNY y SAFFON, un elemento de la complejidad del conflicto colombiano consiste en "...la naturaleza ambigua del régimen político. A pesar de la persistencia del conflicto armado y de la gravedad de los abusos a los derechos humanos que se producen en su seno, las instituciones colombianas han logrado mantener importantes rasgos democráticos. Por ejemplo, regularmente se realizan elecciones –aunque cada vez más interferidas por los grupos armados–, y el sistema judicial mantiene un significativo nivel de independencia y logra controlar algunos abusos de poder". UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia." *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, p.170.

## 4.1. Una aproximación al Acuerdo de Paz

Quizá la premisa más importante para el inicio del proceso de negociación de la paz en Colombia fue reconocer las causas del conflicto armado. Como menciona BAUTISTA PIZARRO, aquel “tuvo origen en la desigualdad social y económica, así como en el descuido del desarrollo económico en la zona rural”<sup>586</sup>. Sentar esta premisa como antecedente para la paz fue fundamental toda vez que permitió desarrollar un proyecto más ambicioso, complejo y útil que tenga una vocación no solo de resolver el conflicto vigente sino también la capacidad de prevenir conflictos futuros<sup>587</sup>. Adicionalmente, reconocer que buena parte del conflicto tiene como origen la injusticia social habilita la adopción de un sistema penal y de una teoría de la pena distinta a la de momentos ordinarios pues en cierta medida se pretende la reconstitución de la sociedad<sup>588</sup>.

Respecto de lo comentado arriba, debe mencionarse que el conflicto colombiano es estructuralmente complejo, comenzando por los actores del mismo, ya que desde la década del setenta intervienen el gobierno, las guerrillas de izquierda, los paramilitares de derecha, los narcotraficantes, las fuerzas armadas y la sociedad civil<sup>589</sup>. En el recuento histórico del complejo entramado destaca el período conocido como “la violencia” entre 1946 y 1966 en el que la sociedad estuvo dividida entre el apoyo al partido liberal o al partido conservador.

A partir de allí surgen las guerrillas de izquierda, mientras que el narcotráfico inicia en la década de los setenta, con el cultivo y tráfico de marihuana. Por otra parte, las autodefensas surgen como una resistencia financiada por los grupos afectados por la

---

<sup>586</sup> BAUTISTA PIZARRO, Natalia. “El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Reflexiones sobre el caso colombiano”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, pp. 459-469. Disponible en: [http://zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1131.pdf](http://zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1131.pdf) (Última consulta: 23/05/2019).

<sup>587</sup> Como ha resaltado la Corte Constitucional de Colombia, “desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente”. Vid. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, p. 207.

<sup>588</sup> Resulta de interés y aplicación la distinción que realiza el autor norteamericano Bruce ACKERMAN entre momentos de política ordinaria y los llamados “momentos constitucionales”. Según el referido autor, los momentos constitucionales se caracterizan por un proceso público, deliberado, con apoyo popular y prolongado en el tiempo que permiten un ejercicio informal de soberanía y que se traduce en la mutación del texto constitucional y en la transformación de la identidad nacional. Cfr. ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Vol.1 (foundations), Harvard University Press, 1991. Sobre el concepto aplicado a la justicia transicional, vid. TEITEL, Ruti. “Transitional jurisprudence: the role of law in political transformation”. *Yale Law Journal*, No. 106, 1996, pp. 2009-2080.

<sup>589</sup> Entre las GAOML más relevantes puede mencionarse a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Movimiento 19 de abril –M-19–, y el Ejército Popular de Liberación (EPL).

violencia de la guerrilla, principalmente representados en ganaderos de estratos sociales y económicos altos. Si bien es cierto que el problema político es un factor determinante del conflicto colombiano, no puede dejarse de lado a la desigualdad social, a la discriminación y a la exclusión como factor coadyuvante de aquel<sup>590</sup>.

En relación con el punto anterior, vale anotar el interesante ensayo de Jesús María SILVA SÁNCHEZ en el que se ha preocupado por desarrollar la noción de la *infracción del deber de garante del Estado*. En sus palabras, un determinado estado de cosas que genera condiciones criminógenas idóneas para el delito—como la falta de acceso a los derechos más básicos y la exclusión social— deslegitima parcialmente al Estado para actuar a través del derecho penal. En todo caso, al tratarse de delitos basados en deberes naturales —*mala in se*— el Estado aún puede reprochar el injusto, aunque el Estado debe ser, al menos, “civilmente responsable en relación con la víctima” y la ejecución de la pena debe ser “moderada, centrada esencialmente en la contención de la eventual peligrosidad del agente”<sup>591</sup>.

En línea con las múltiples causales del conflicto armado, el preámbulo del Acuerdo de Paz y su estructura se enfoca en que se deben:

...cambiar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio; y que a juicio de las FARC-EP dichas transformaciones deben contribuir a solucionar las causas históricas del conflicto, como la cuestión no resuelta de la propiedad sobre la tierra y particularmente su concentración, la exclusión del campesinado y el atraso de las comunidades rurales, que afecta especialmente a las mujeres, niñas y niños<sup>592</sup>.

Para lograr este propósito desde el inicio de las negociaciones se acordaron dos reglas fundamentales, estas fueron que el acuerdo debía ser integral de forma tal que no existan desavenencias posteriores que pongan lo pactado en riesgo; no existiendo, por tanto, la posibilidad de acuerdos parciales. Sumado a lo anterior, como requisito para su

---

<sup>590</sup> Como se ha destacado: “en los conflictos armados se conjugan complejos mecanismos de causalidad, y la mayoría de los autores atribuyen la violencia política a múltiples factores. A pesar de que anteriormente prevalecía la hipótesis basada en resentimientos y desigualdad —según la cual son las carencias sociales y económicas las que conducen a los pueblos a confrontar la autoridad estatal— existe actualmente un debate, basado en la evidencia empírica, según el cual las teorías centradas en la codicia por los recursos naturales saqueables también tienen un importante poder explicativo.” YAFFE, Lilian. "Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas, sociales e institucionales de la oposición violenta." *Revista CS*, 2011, pp. 187-208.

<sup>591</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 86-112.

<sup>592</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p.2.

viabilidad práctica, así como para su legitimación política, se acordó la refrendación democrática del mismo<sup>593</sup>.

Ya desde estos particulares rasgos se puede perfilar una filosofía distinta a las de una amnistía o indulto, pues se trata, en definitiva, de un instrumento jurídico complejo, donde no existen formalmente vencidos ni vencedores<sup>594</sup>, ni se otorga el perdón estatal de forma discrecional como se analizará más adelante. Dicho esto, merece atención referirse brevemente a los seis puntos temáticos de los que se encarga el Acuerdo de Paz: I) la reforma rural integral, II) participación política, III) cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas, IV) solución al Problema de las Drogas Ilícitas, V) víctimas y VI) mecanismos de implementación y verificación.

Analizar las disposiciones de los seis puntos del Acuerdo de Paz –contenido en doscientas noventa y siete páginas– sería prácticamente inabarcable e ineficiente para los fines expositivos de este ensayo<sup>595</sup>, pues el análisis focalizado que corresponde en esta ocasión se centra en el sistema penal alternativo colombiano, que en opinión del jurista alemán Albin ESER implica una concepción del derecho penal que “no tiene comparación, ni en términos de su concepto fundamental, ni en su nivel de detalle”<sup>596</sup>.

A pesar del enfoque centrado y limitado de la investigación, es importante mencionar sumariamente el objeto de cada uno de los puntos del Acuerdo de Paz para dar contexto al mismo. El primer punto del Acuerdo se centra en la redistribución de la tierra para lo cual el gobierno nacional se comprometió a la creación de un Fondo de Tierras de distribución gratuita, constituido a base de terrenos provenientes, por ejemplo, de la extinción de dominio. También se estableció una política pública de restitución de tierras para las personas desplazadas junto con una política de mejora vial, cultural, educativa y económica.

---

<sup>593</sup> El Gobierno de Colombia y las FARC-EP, para zanjar las diferencias surgidas sobre el mecanismo de refrendación popular, acordaron acogerse al “mecanismo de participación popular que la Corte [Constitucional de Colombia] indique y en los términos que este alto tribunal señale”. Acuerdo de Paz, 2016, p. 192.

<sup>594</sup> Como reza el Acuerdo de Paz: “Luego de un enfrentamiento de más de medio siglo de duración, el Gobierno Nacional y las FARC-EP hemos acordado poner fin de manera definitiva al conflicto armado interno”. Acuerdo de Paz, 2016, p. 4.

<sup>595</sup> Se trata de una limitación necesaria para la investigación, pues como ha señalado Albin ESER analizar la totalidad del Acuerdo de Paz en todos sus aspectos sería “desde el principio un intento inútil”. Vid. ESER, Albin. “Justicia transicional: acerca del acuerdo de paz colombiano a la luz de Ulfrid Neumann”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p.38.

<sup>596</sup> Ídem, p.40.

El segundo punto del Acuerdo de Paz trata sobre la reforma al sistema político colombiano. Para ello, se reconoció la obligación de debatir e implementar un Estatuto de garantías para los partidos políticos que se declaren en oposición. Luego, se establece que las FARC-EP se transformarán en un partido político y se dota de garantías de protección a sus integrantes. También se realizan importantes pero discutibles modificaciones al régimen de financiación electoral y de difusión de campañas políticas.

El tercer punto del Acuerdo de Paz dispone el cese a las hostilidades entre el gobierno nacional y las FARC-EP. Así, se desarrolla un programa de dejación de armas que fueron entregadas a la ONU. En efecto, se entregaron alrededor de 7.000 armas de fuego por parte las FARC-EP y demás armamento encontrado en 750 “caletas” a lo largo del país<sup>597</sup>. Sumado a lo anterior, se constituyen las Zonas Veredales, que son espacios donde los miembros de las FARC-EP deben permanecer temporalmente mientras dure la identificación de sus integrantes y el proceso de dejación de armas, aunque eventualmente pueden fungir como “comunidades” para el cumplimiento de penas alternativas.

Es importante destacar que en el Acuerdo de Paz se adoptan medidas concretas para la reincorporación social de los integrantes de las FARC-EP como la renta básica y un fondo para emprendimientos al tiempo que se les asegura representación en instituciones como el Consejo Nacional Electoral y el Congreso de la República.

El cuarto punto del Acuerdo de Paz se centra en el problema de las drogas ilícitas. Básicamente, se desarrolla un programa de sustitución de cultivos ilícitos para lo cual el Estado se compromete a la renuncia de la acción penal o a la renuncia de la ejecución de la pena en el caso de pequeños agricultores, siempre que aquellos cumplan con los términos del Acuerdo de Paz. Para este fin, se implementan planes de asistencia en la alimentación y de apoyo a nuevos cultivos de ciclo corto que generen ingresos económicos rápidos. También se expresan los compromisos para la lucha contra el narcotráfico, por medio del control del lavado de activos, la extinción de dominio y el control de insumos necesarios para la industria ilícita.

---

<sup>597</sup> Noticias ONU, “La ONU da por terminada la dejación de armas de las FARC”. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2017/09/1386501> (último acceso: 12/07/2019).



El quinto punto del Acuerdo de Paz desarrolla el tratamiento de las víctimas del conflicto armado. Aquí se constituye el conocido Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) en el que se integra la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). También se crea la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas.

Como se destaca en el Acuerdo de Paz, la transición se fundamenta “en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas”<sup>598</sup>. Otro valor muy importante consiste en garantizar “la seguridad jurídica de quienes se acojan a las medidas de justicia, como elemento esencial de la transición a la paz”<sup>599</sup>. Sin perjuicio de desarrollar más ampliamente estas temáticas, vale destacar que se establece un sistema de indultos y amnistías únicamente para delitos políticos, así como para delitos conexos y se resalta la imposibilidad de conceder gracia para los delitos del DPI previstos en el ECPI, para los cuales aplicará el sistema alternativo de juzgamiento. Finalmente, el sexto punto del Acuerdo de Paz establece una Comisión de Supervisión que funcionará durante diez años para la vigilancia en la implementación efectiva y socialización del acuerdo.

## 4.2. La justicia transicional en Colombia

El discurso de la justicia de transición en Colombia no surge a partir del Acuerdo de Paz de 2016. En un conflicto que ha durado más de cincuenta años, se han intentado varias estrategias para hacerle frente, algunas más exitosas que otras, pero que siempre han abordado la problemática desde un enfoque limitado<sup>600</sup>. En este sentido, autores como Rodrigo UPRIMNY y María Paula SAFFON se han referido a Colombia como un caso de justicia transicional sin transición<sup>601</sup> y han comentado sobre los usos perversos del

---

<sup>598</sup> Acuerdo Final de Paz, p. 128.

<sup>599</sup> Ídem.

<sup>600</sup> Estrategias de terminación del conflicto que han ido desde la negociación hasta la aniquilación del “enemigo”, como refleja, por ejemplo, el triunfo del ex presidente Uribe Vélez y su Política de Seguridad Democrática, que consideró a las GAOML como *terroristas*, lo que conlleva consecuencias jurídicas muy importantes, especialmente desde el derecho de la guerra y el derecho penal. Vid. PÉREZ-PÉREZ, Tito. “Conflicto y posconflicto en Colombia: una mirada a la política de seguridad democrática”. *Magistro*, Vol.5, No.10, 2011, pp. 140 y ss.

<sup>601</sup> UPRIMNY, Rodrigo (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, p. 20.

lenguaje de la justicia transicional, basada en la reconciliación nacional, cuando es utilizada de manera inescrupulosa para fines meramente políticos.

Para estos autores, el uso manipulador del lenguaje ambiguo de la justicia transicional puede ser instrumentado, simple y llanamente, para legitimar formas de impunidad y dejar vía libre para los acuerdos políticos. Pero además, aquello implica un uso opresivo del discurso toda vez que las víctimas de graves violaciones de DDHH se encuentran en situaciones de desventaja social; y, por tanto, este discurso solamente coadyuva a perpetuar lo que Rodrigo UPRIMNY y María Paula SAFFON identifican como una serie de “relaciones desiguales de poder entre victimarios, que continúan beneficiándose de ellas, y víctimas, cuyos derechos permanecen desprotegidos”<sup>602</sup>.

En contrapartida, también es posible que el discurso de la justicia transicional sea utilizado con fines democráticos y transformadores. En esa concepción, los derechos de las víctimas adquieren una real “dimensión normativa o jurídicamente obligatoria, que puede funcionar como un límite a las fórmulas para enfrentar el pasado que resultan de las dinámicas políticas de las negociaciones de paz”<sup>603</sup>.

Hay que tener en cuenta que en el caso colombiano es posible identificar el uso del discurso de la justicia transicional como instrumento manipulador –principalmente por parte de los negociadores, tanto del gobierno como de los GAOML– pero también como instrumento democrático y emancipador, pues como se verá a lo largo del capítulo, la Corte Constitucional de Colombia ha ido dotando de un verdadero contenido jurídico a la categoría “justicia transicional”, imponiendo límites al puro poder político. Como se aludió antes, una de las complejidades más relevantes del conflicto colombiano es la incapacidad real de llegar a soluciones con todos los actores del conflicto. En este sentido, BOTERO ha resaltado que:

Desde 1980, diez intentos de procesos de paz con las FARC y con otros grupos alzados en armas han sucedido en Colombia. Aunque otros gobiernos llegaron a acuerdos con otras organizaciones (por ejemplo, Virgilio Barco con el M-19, el Quintín Lame y una facción del EPL; Álvaro Uribe con organizaciones paramilitares) el gobierno de Santos

---

<sup>602</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia." *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, p.176.

<sup>603</sup> Ídem, p. 177.

ha sido el único en lograr firmar un acuerdo con las FARC, la más importante organización armada del país<sup>604</sup>.

A pesar de esos esfuerzos, hay que llamar la atención sobre la poca o nula utilidad de procesos de desmovilización parcial si no se enfocan en la resolución del problema sistémico. A manera de ejemplo, sobre los paramilitares se ha resaltado que funcionan de forma desconcentrada, por medio de células y que, además, mantienen lazos con agentes estatales, élites terratenientes y con el narcotráfico y, por tanto:

...la paz y la garantía de no repetición de las atrocidades no pueden lograrse simplemente a través de un proceso de desmovilización. En efecto, por sí solo, un proceso de esa naturaleza puede permitir que esas estructuras de poder permanezcan intactas, e incluso que salgan fortalecidas en virtud de un proceso de legalización<sup>605</sup>.

De la misma manera, de poco sirve iniciar procesos de desmovilización de integrantes de la guerrilla en la medida que aquella es parcial y promueve la toma de espacios de poder y la creación de nuevas células que dependen de los vínculos que han desarrollado con el narcotráfico, que como los expertos señalan, “ha contribuido de manera significativa a su perpetuación, en la medida en que funciona como una fuente casi ilimitada de financiación”<sup>606</sup>.

Estos enfoques limitados en las estrategias de justicia transicional han favorecido una polarización—incluyendo la mediática— en la sociedad. De esta forma, en los medios de prensa no se censura igual a los crímenes cometidos por los paramilitares o por la fuerza militar —por ejemplo, en los casos de *falsos positivos*— que los mismos delitos cuando son cometidos por la guerrilla colombiana<sup>607</sup>. De ahí la necesidad de abordar la problemática desde un sistema penal integral que supere la dualidad víctima-victimario, reconociendo que en ambos bandos existen tanto víctimas como victimarios e investigando, juzgando y sancionando los crímenes en base al acto y no al autor.

---

<sup>604</sup> Vid. BOTERO, Sandra. "El plebiscito y los desafíos políticos de consolidar la paz negociada en Colombia". *Revista de ciencia política (Santiago)*, Vol. 37, No.2, 2017, p. 371, nota al pie #1.

<sup>605</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia." *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, p.168.

<sup>606</sup> Ídem.

<sup>607</sup> UPRIMNY y SAFFON relatan que "...como lo muestra una encuesta reciente hecha por la *Revista Semana*, muchas personas no rechazan completamente las atrocidades cometidas por los paramilitares, ni los estrechos vínculos entre éstos y agentes del Estado...el 73% de la población cree que el gobierno debería hacer un mayor esfuerzo por combatir a los grupos guerrilleros que a los grupos paramilitares, y el 47% de la población cree que los grupos guerrilleros son más responsables de la violencia del país que el resto de los actores armados". Ídem, p. 170.

### 4.3. Ratificación y deliberación del Acuerdo

Uno de los puntos neurálgicos de toda transición del conflicto armado a la paz es definir los mecanismos de ratificación y de implementación de los acuerdos. Como bien ha señalado Jorge ROA, los mecanismos de ratificación sirven para otorgar legitimidad política a los acuerdos e impulsar los mecanismos de implementación, que son aquellos desarrollos legislativos o de reforma constitucional que se adoptan para hacer realidad los pactos generales contenidos en los acuerdos de paz<sup>608</sup>.

Si bien es cierto que no resulta posible extraer conclusiones universales de una práctica particular o conjunto de casos, lo cierto es que la experiencia parece apuntar a que los procesos de paz pueden fracasar rotundamente a pesar de estar respaldados por expresiones de democracia directa, pero, de la misma manera, existen casos en los que los acuerdos de paz han logrado su propósito a pesar de no contar con una expresión de respaldo popular explícito. Por lo dicho una premisa fundamental consiste en dejar claro que no existe una relación directa entre el éxito de una transición y los mecanismos democráticos para ratificarla. Sin perjuicio de lo afirmado, vale apuntar que los procesos de transición deben ser, en la mayor medida de lo posible, democráticos, lo que implica que deben ser públicos, incentivar el debate y la deliberación y deben considerar las distintas posiciones existentes en la sociedad a fin de que el proceso sea, al menos *a priori*, legítimo y viable en la práctica<sup>609</sup>.

Entonces, si bien se entiende que la ratificación es una fase instrumental del proceso de transición hacia la paz aquello no debe conducirnos a la errada creencia de que se trata de un proceso accesorio, prescindible o de mínima importancia. Por lo comentado, vale poner atención sobre los detalles en el proceso de ratificación del Acuerdo de Paz Colombiano pues parece reflejar una tensión entre los valores democráticos y la paz.

---

<sup>608</sup> ROA, Jorge. “Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: La fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz”, *serie Documentos de Trabajo*, departamento de derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, No. 47, Bogotá, 2015, pp. 2-3.

<sup>609</sup> Así lo ha señalado, por ejemplo, UPRIMNY al comentar que: “la intervención de la sociedad entera en las discusiones sobre el diseño de la justicia transicional garantiza la legitimidad del proceso no sólo en razón de la alta participación democrática, sino también debido a la gran potencialidad de generar apoyos sociales básicos en torno a las fórmulas efectivamente escogidas para implementar la transición”. UPRIMNY, Rodrigo. “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en UPRIMNY, Rodrigo (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, p.36.

Para tratar con éxito la cuestión sobre si la paz debe ser o no sometida a medios de ratificación popular, lo primero que hay que destacar es que existen diferencias cualitativas muy importantes entre los procesos de justicia transicional intentados en Colombia de forma previa al Acuerdo de Paz del 2016. En efecto, la primera diferencia entre el proceso de paz con las FARC-EP y el proceso de desmovilización pactado con los paramilitares en Colombia tiene relación a los mecanismos de negociación con cada GAOML.

Como recuerdan los autores colombianos UPRIMNY y SAFFON, en el caso de la Ley de Justicia y Paz, las negociaciones entre el gobierno y los paramilitares fue conducida en secreto y su contenido nunca se dio a conocer al público<sup>610</sup>. Por otra parte, el Acuerdo de Paz de 2016 es en sí mismo un instrumento público que refleja todos y cada uno de los acuerdos entre el Estado colombiano y las FARC-EP dado que, precisamente, a partir de esos acuerdos se deben iniciar reformas en la política pública, en la estructura del Estado y en el ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, y como antecedente al proceso de negociación con las FARC-EP, en el año 2012 el Congreso de la República de Colombia reformó parcialmente la constitución vigente a efectos de implementar el denominado Marco Jurídico para la Paz (MJP)<sup>611</sup> que posteriormente fue declarado constitucional o exequible por la Corte Constitucional de Colombia y que marcó las pautas en la negociación del gobierno con las FARC-EP<sup>612</sup>. Por tanto, un observador externo del proceso podría aseverar que la adopción de una estrategia compleja como la reforma constitucional, la adopción del acuerdo de paz y las posteriores implementaciones legislativas tuvieron un rol fundamental para evitar posiciones maximalistas de las partes intervinientes, tanto del gobierno como de las FARC-EP (que al inicio de las negociaciones demandaba una asamblea constituyente que remplace la constitución colombiana de 1991) y apostar, más bien, por acuerdos realistas y públicamente debatibles.

---

<sup>610</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia." *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, p.178.

<sup>611</sup> Acto Legislativo 01, del 31 de julio de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

<sup>612</sup> GÓMEZ ISA, Felipe. "Justicia, Verdad Y Reparación En El Proceso De Paz En Colombia", *Revista Derecho del Estado*, No. 33, 2014, p.38.

Sumada a la publicidad del proceso, tras la negociación de varios años del Acuerdo de Paz entre las FARC-EP y el gobierno colombiano<sup>613</sup>, se decidió por parte del Presidente de la República someter el Acuerdo de Paz a una refrendación popular, celebrada el 2 de octubre de 2016 y que arrojó un resultado a favor del NO (rechazo) que superó al SÍ (apoyo) con un margen menor a un punto porcentual. Los resultados del plebiscito de paz pueden estudiarse en clave estadística y demográfica que demuestran que la concentración del voto NO se produjo en el centro del país, mientras el voto por el SÍ es característico de las zonas de periferia. Ello significa que el voto negativo al plebiscito es más marcado en las zonas que resultaron menos afectadas por el conflicto armado y, en sentido inverso, que las zonas más afectadas del país respaldaron el Acuerdo<sup>614</sup>.

También es posible identificar un factor adicional que explica la decisión del plebiscito: el bajo porcentaje de participación de quienes favorecían el SÍ y un excesivo optimismo de sus votantes en un sistema donde el voto no es mandatorio. Frente a estos resultados electorales, surgió en su momento un profundo debate político en Colombia sobre si un Acuerdo de Paz fruto de una renegociación entre el gobierno y las FARC-EP debía someterse o no nuevamente al procedimiento de plebiscito, con la posibilidad de que nuevamente se obtuviera un resultado negativo.

Para entender esta cuestión hay que hacer una breve distinción propia del derecho constitucional colombiano que favoreció al procedimiento finalmente adoptado por el gobierno, que fue la renegociación del acuerdo y la aprobación en vía legislativa, sin recurrir nuevamente a mecanismos participativos. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana existen cuatro diferencias principales entre un referéndum<sup>615</sup> y un plebiscito: (I) para reformar la constitución se requiere implementar

---

<sup>613</sup> “El proceso de paz se inició a principios de 2012 con una fase exploratoria y secreta de acercamientos iniciales entre el gobierno y las FARC. En agosto de ese mismo año, las partes anunciaron públicamente un acuerdo que planteaba las reglas de juego y una agenda de negociación. Las negociaciones se realizaron en La Habana, Cuba, a lo largo de los siguientes cuatro años; durante este tiempo, los equipos negociadores de la guerrilla y el gobierno colombiano discutieron uno a uno y a puerta cerrada una serie de acuerdos temáticos”. Vid. BOTERO, Sandra. "El plebiscito y los desafíos políticos de consolidar la paz negociada en Colombia". *Revista de ciencia política (Santiago)*, Vol. 37, No.2, 2017, p. 370.

<sup>614</sup> BASSET, Yann. "Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia." *Estudios Políticos*, No. 52, 2018, p. 247.

<sup>615</sup> Opción que fue descartada por el gobierno por motivos políticos, jurídicos y prácticos. Como comenta ROA, el referendo demanda de control previo de constitucionalidad, para las modificaciones a la constitución; tiene un exigente umbral de participación del 25% del censo electoral, lo que favorece el absentismo y la campaña por la opción NO; en el referendo está prohibida la votación en bloque y existe un énfasis técnico-jurídico en lo que se pregunta a la ciudadanía. Vid. ROA, Jorge. “Los retos

un referendo; (II) solamente el Presidente de la República puede convocar un plebiscito; (III) mediante referendo no se puede buscar apoyo a las políticas de un gobernante en particular, ya que el mecanismo idóneo para ello es el plebiscito; y, (IV) mientras que el plebiscito es una decisión política del Presidente de la República, en el referendo se pone a consideración del electorado un acto normativo<sup>616</sup>. En palabras de la Corte Constitucional, el plebiscito tiene como finalidad principal:

... que el Presidente de la República conozca la opinión de los ciudadanos respecto de una política pública adelantada por su Gobierno, para dotarla de legitimidad democrática....En pocas palabras, la finalidad del plebiscito es provocar un mandato político del Pueblo soberano, que se expresa directamente sobre una política que el Presidente tiene competencia, para definir el destino colectivo del Estado<sup>617</sup>.

De esta forma, siendo el plebiscito un instrumento preminentemente político en el que se solicita respaldo popular para adoptar decisiones que se encuentran dentro de la órbita competencial del funcionario –siendo por tanto prescindible–, aquel tiene unos efectos particulares, estos son, conseguir una aprobación en términos políticos y no normativos<sup>618</sup> de unas determinadas acciones o bien censurar una política pública y obligar a reconsiderarla. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia:

...en caso que el plebiscito sea aprobado, el efecto es la activación de los diferentes mecanismos de implementación del Acuerdo Final. Por lo tanto, el Presidente podrá ejecutar las acciones previstas para el efecto por el orden jurídico, incluidas aquellas de promoción e iniciativa gubernamental respecto de otros poderes públicos. En cambio, si el plebiscito no es aprobado, bien porque no se cumple con el umbral aprobatorio o cumpliéndose los ciudadanos votan mayoritariamente por el “no”, el efecto es la imposibilidad jurídica de implementar el Acuerdo Final, comprendido como una decisión de política pública específica y a cargo del gobernante. Por ende, si se parte de considerar que el plebiscito no reforma la Constitución, entonces una potencial desaprobación del Acuerdo Final tiene incidencia únicamente respecto de la implementación de esa política pública, manteniéndose incólumes las competencias de los diferentes órganos del Estado, entre ellas la facultad del Presidente para mantener el

---

constitucionales del proceso de paz en Colombia: La fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz”, *serie Documentos de Trabajo*, departamento de derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, No. 47, Bogotá, 2015, p.7.

<sup>616</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, pp. 201-202.

<sup>617</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, con ponencia del juez Luis Ernesto Vargas Silva, p. 188.

<sup>618</sup> “Esta caracterización hace que el resultado del plebiscito no tenga un efecto normativo, esto es, de adición o modificación de norma jurídica alguna, entre ellas la Constitución. Estas alteraciones al orden jurídico hacen parte de la etapa de implementación del Acuerdo y deben cumplir con las condiciones que para la producción normativa fija la Carta Política y, en especial, deben estar precedidas de un debate libre, democrático y respetuoso de los derechos de las minorías”. Vid. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, pp. 357-358.

orden público, incluso a través de la negociación con grupos armados ilegales, tendiente a lograr otros acuerdos de paz<sup>619</sup>.

En concreto, de acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia en caso del resultado positivo del plebiscito de paz sus consecuencias son: (I) otorgar legitimidad democrática al proceso de implementación del Acuerdo Final; (II) conferir estabilidad en el tiempo al mismo, en la medida que el aval ciudadano es obligatorio para el Presidente, que no puede negarse a cumplir su deber de implementación sin antes hacer un nuevo llamado institucional a la voluntad popular; y, (III) brindar garantías a las partes de que lo pactado se cumplirá debido a la legitimidad democrática de la que gozaría el acuerdo. Por otra parte, un resultado negativo obliga al Presidente a no implementar *ese Acuerdo de Paz en sus términos concretos*, pero no impide que este vuelva a negociar uno nuevo; y, como ese nuevo Acuerdo de Paz entra en el ejercicio de sus competencias regulares, no requiere ser sometido nuevamente a plebiscito alguno.

Sobre el plebiscito de paz colombiano hay posiciones bastante divididas. Una voz importante, como es la de Roberto GARGARELLA, ha criticado el proceso argumentando que no existió suficiente información y debate para la realización del plebiscito; que el tiempo de campaña –de apenas un mes– fue escaso; que resultaba inaceptable consultar a millones de personas por la totalidad de un extenso y complejo acuerdo esperando una respuesta binaria como sí o no, cuando había la posibilidad razonable para matices y modificaciones. En sus palabras:

...la casi ofensiva complejidad de los temas y preguntas del caso torna comprensible la perplejidad de muchos de los votantes y reafirma la distancia efectiva entre este tipo de peculiares convocatorias «participativas» y las que podrían ser propias de un sistema que se animara a tomar algo más en serio los objetivos de la deliberación democrática inclusiva<sup>620</sup>.

A pesar de que GARGARELLA está en contra del control de constitucionalidad por considerarlo elitista y antidemocrático y, más bien, se inclina por favorecer la discusión sobre los derechos fundamentales como método de solución de los desacuerdos sociales, suele insistir en que para que procesos de democracia directa tengan valor aquellos

---

<sup>619</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, p. 359.

<sup>620</sup> GARGARELLA, Roberto. “Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz”, en *Semana*, último acceso el 26/07/2019. Disponible en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511>



deben cumplir determinadas características propias del ideal deliberativo<sup>621</sup>. En sus propias palabras:

En primer lugar, la peculiar posición democrática defendida más arriba rechaza posturas como las que fueran sostenidas recientemente por algunos prominentes políticos y juristas –incluyendo, por caso, al profesor italiano Luigi Ferrajoli. Esta primera posición que quiero objetar sostiene que, sobre ciertos asuntos de primera importancia –incluyendo asuntos relacionados con la paz, la vida, y, en general, todos los “valores y libertades fundamentales”- “no se vota ni se consulta a las mayorías”. Los principios que defendiera en los párrafos previos son, como puede anticiparse, directamente contrarios a lo que sugiere la postura recién citada. Conforme a tales principios, sobre las cuestiones públicas (no las privadas, ya que éstas deben quedar bajo control de cada uno), y particularmente sobre las más importantes, como las referidas, por ejemplo, al uso de la coerción y los recursos comunes, resulta especialmente relevante consultar a la ciudadanía: “lo que afecta a todos debe ser resuelto por todos.” Tan sencillo u obvio como lo dicho: en cuanto ciudadanos, necesitamos discutir y reflexionar colectivamente sobre todo, y particularmente, sobre aquellas cosas que más nos afectan<sup>622</sup>.

En contraposición, Luigi FERRAJOLI, que también ha tratado directamente el caso colombiano, atribuye el resultado negativo del plebiscito de paz a una campaña basada en mentiras y destinada a alimentar rencores y miedos en los colombianos antes que a una expresión de desconfianza por parte del electorado alimentada por la falta de discusión suficiente sobre la propuesta, como comparte también GARGARELLA. La posición del jurista italiano es casi intuitiva y se compadece con la teoría de los derechos fundamentales que defiende:

El principio de la paz –así como tal vez más de otros principios fundamentales, como la dignidad de la persona, la igualdad, las libertades y los demás derechos humanos– representa una precondition de la convivencia civil. Por ende, el principio de la paz tiene un carácter antimayoritario, en el sentido de que no necesita del consenso de la mayoría ni tampoco puede ser anulado por la voluntad de una mayoría cualquiera. Por eso, tal y como hemos afirmado también en otras ocasiones, el acuerdo de paz no se debía someter a referéndum, porque este no era y no es necesario para legitimar la paz, así como no era suficiente para deslegitimarla<sup>623</sup>.

---

<sup>621</sup> La democracia deliberativa se justifica en: “...que las preferencias personales de los participantes estén justificadas argumentativamente, la posibilidad de escuchar las opiniones y las demandas de todos los participantes y la capacidad de detectar y criticar errores lógicos o fácticos en los argumentos de los demás, potencian que la decisión deliberada se aproxime al ideal de racionalidad e imparcialidad”. Vid. MARTÍ, José Luis. “Democracia y deliberación: una reconstrucción del modelo de Jon Elster”. *Revista de estudios políticos*, No. 113, 2001, pp.161-192. De otro lado, requiere un arreglo institucional particular. Vid. MARTÍ, José Luis. *La República Deliberativa*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 293-321.

<sup>622</sup> GARGARELLA, Roberto. “Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz”, en *Semana*, último acceso el 26/07/2019. Disponible en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511>

<sup>623</sup> FERRAJOLI, Luigi. "El proceso de paz en Colombia y la Justicia Penal Transicional", en *Soft Power*, Vol. 3, no. 2, jul.-dic. 2016, p.21.

FERRAJOLI parte de la premisa de que la paz tiene en Colombia la jerarquía de un derecho constitucional por reconocimiento explícito en el texto<sup>624</sup>. Para el autor italiano, ello hace de la paz un derecho inderogable e indisponible, por lo que el plebiscito era impropio. Por ese motivo, según nuestro autor, el Estado se encuentra jurídicamente obligado a promover la paz aún en contra de la mayoría, como por caso, lo respaldó la Corte Constitucional de Colombia al afirmar que:

...la paz es un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución. Para ello, se reconoce la triple condición de la paz como derecho, deber y valor fundante de dicho modelo, lo cual conlleva a obligaciones directas en, al menos, tres aspectos definidos: (I) un deber estatal de diseño e implementación de acciones, normativas y de política pública, dirigidas a la superación del conflicto armado y, en general, el logro de la convivencia pacífica; (II) un deber social de preferir a la solución pacífica como mecanismo exclusivo y constitucionalmente admisible de resolución de las controversias; y (III) el logro progresivo de la plena vigencia de los derechos fundamentales, lo cual es un presupuesto tanto para la paz como para la vigencia del orden democrático, concebido desde una perspectiva material<sup>625</sup>.

Luego de haber reseñado los argumentos de GARGARELLA y FERRAJOLI sobre el plebiscito de paz en Colombia resulta necesario realizar algunas precisiones sobre el rol de la Corte Constitucional de Colombia en el proceso plebiscitario para después tomar postura sobre la participación de la sociedad en procesos de transición pactados y su justificación. Primero, respecto de la postura de GARGARELLA, hemos de entender que ningún proceso de toma de decisiones democrático parecería, en la práctica, suficiente para cumplir las exigencias del ideal de la democracia deliberativa. Efectivamente, todo proceso democrático puede ser criticado y será más o menos robusto, pero nunca perfecto.

Segundo, y en relación a la postura de FERRAJOLI, es cierto que la paz es una precondition para el Estado de Derecho y que en el Derecho positivo colombiano puede reconducirse a un derecho constitucional de las personas, pero no es menos cierto que la propia legitimidad del Estado se fundamenta en el consentimiento de los gobernados. Si el proceso de paz ha de ser viable debería contar, al menos *a priori*, con el respaldo de una parte importante de la población. Para este fin, parece necesario que las personas puedan conocer, debatir y controlar la acción de gobierno. No es sensato conceder a la

---

<sup>624</sup> Según el artículo 22 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>625</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, pp. 208-209.

víctima un poder de veto sobre la paz, pero tampoco es sensato excluirla del debate sobre las cuestiones que le afectan directamente.

Las visiones antes expuestas pueden complementarse entre sí sin entrar en colisión. Como ejemplo, las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad indican que las consultas públicas para estructurar una amnistía (en este caso algo mucho más amplio como es un Acuerdo de Paz) puede tener el efecto de aumentar su legitimidad. Para ello se aconseja incluir la participación de todos los grupos potencialmente marginados del debate público (víctimas, mujeres, niños, desplazados, minorías, antiguos combatientes, entre otros). De igual modo, los procedimientos para promover la participación pueden adoptar diversas formas, entre otros, reuniones públicas, encuestas, grupos de sondeo y la consideración de informes escritos para los negociadores del gobierno. Pero debe tenerse en cuenta que, si bien los referéndums u otros mecanismos de democracia directa son deseables, lo cierto es que la participación pública es insuficiente por sí misma para “garantizar la legitimidad o la legalidad de una amnistía que por lo demás infrinja el derecho interno o internacional”<sup>626</sup>.

Tomando en consideración lo expuesto hasta aquí, se defenderá la opción del plebiscito adoptado como procedimiento de ratificación, así como su posterior renegociación y su implementación final por parte del legislativo<sup>627</sup>. Lo primero que merece ser destacado es que los posibles efectos de los resultados del plebiscito –sean estos a favor o en contra del acuerdo de paz– fueron adelantados por la Corte Constitucional de Colombia al momento de estudiar la exequibilidad de la convocatoria al mismo. Como consecuencia, existía una certeza sobre la naturaleza del procedimiento y que se trataba de un respaldo político más no de una disposición normativa.

---

<sup>626</sup> Vid. *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*, Universidad de Ulster e Instituto de Justicia Transicional, 2013, p.18.

<sup>627</sup> La ratificación del Acuerdo de Paz por vía legislativa no infringe norma jurídica alguna y que cumplió con estándares de control político y deliberativos. En ese sentido, vale citar las consideraciones preliminares de la Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales dictada por el Congreso de la República: “Este proceso de refrendación popular culminó, luego de un amplio debate de control político en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia, mediante la aprobación mayoritaria de las Propositiones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre del presente año en las plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente”. Cfr. Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

De hecho, se adelantó la obligación del Presidente de la República de que en caso de resultado negativo tenía una obligación de volver a negociar el acuerdo de paz; y, en ese sentido, la decisión popular es jurídicamente vinculante. Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia estableció una serie de condiciones para el plebiscito sobre la paz. En primer lugar, señaló que para proteger la libertad del elector es fundamental evitar que sea coaccionado para votar a favor o en contra del Acuerdo Final. Por tanto, señaló que el Estado tiene un deber especial de garantizar que ninguna amenaza perturbe la libertad del elector y que esto suponía que las FARC-EP depongan “del uso de las armas y de la violencia como paso previo y obligatorio a la refrendación popular”<sup>628</sup>.

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia indicó que si bien los partidos políticos estaban llamados a participar en la discusión y toma de posición sobre el Acuerdo Final, no les estaba permitido “valerse de las mismas para promover causas partidistas y, en particular, candidaturas a cargos de elección popular”<sup>629</sup>. A su vez, la corporación constitucional colombiana señaló que no se debía restringir los derechos de los funcionarios públicos –que en el supuesto de ratificación del Acuerdo Final estaban llamados a implementarlo– y que ellos tienen el derecho a hacer campaña, a favor o en contra, del mismo ya que lo contrario significaría una “limitación desproporcionada e injustificada a los derechos de participación democrática”<sup>630</sup>.

En tercer lugar, y con relación a la difusión del Acuerdo Final, vale mencionar que la convocatoria del plebiscito incluía una campaña pedagógica de al menos un mes en la que los medios de comunicación oficiales, canales de televisión públicos y privados, radios, periódicos, redes sociales de entes públicos, contribuyan con la difusión del acuerdo de paz que, además debía ser una difusión reforzada en el caso de las zonas rurales de Colombia y las víctimas del conflicto armado<sup>631</sup>.

Igualmente, la Corte Constitucional decidió que era exequible la exclusión de las campañas que promovieran el absentismo, no solamente porque la participación en un

---

<sup>628</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, p. 357.

<sup>629</sup> Ídem, p. 356.

<sup>630</sup> Ídem, p. 357.

<sup>631</sup> Vid. ROA, Jorge. “Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: La fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz”, *serie Documentos de Trabajo*, departamento de derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, No. 47, Bogotá, 2015, p.10.

proceso de esta naturaleza deba ser promovido<sup>632</sup>, sino porque era aplicable un *umbral de aprobación* (del 13% de votantes) y no un *umbral de participación* con lo que la abstención carece de efectos jurídicos “en razón de la naturaleza propia del umbral mencionado, que solo tiene en cuenta los votos expresados a favor o en contra de la iniciativa”<sup>633</sup>.

La corporación constitucional colombiana ha explicado la diferencia entre el umbral de aprobación, que busca definir “una masa crítica de votantes, que optan por apoyar o rechazar la iniciativa, como condición para la representatividad del mecanismo de participación”<sup>634</sup>. De otra parte, el umbral de participación encuentra “representatividad en la exigencia de una votación mínima a favor de la iniciativa respectiva, que de no alcanzarse enerva la refrendación popular”<sup>635</sup>. Por tanto, para la Corte Constitucional:

Se trata de dos umbrales diferentes, que se distinguen esencialmente en el hecho que mientras el umbral de participación confiere mayores efectos a la abstención, el umbral de aprobación genera desincentivos para la misma, a través de la eliminación de sus efectos jurídicos, promoviéndose de esta forma que quienes estén en contra de la iniciativa manifiesten expresamente su desacuerdo en las urnas. Por esta misma razón, los umbrales aprobatorios fomentan la identificación concreta de las preferencias de los ciudadanos, la cual no puede lograrse con la abstención, en razón que las causas de esta son múltiples y no necesariamente corresponden con una decisión consciente del elector de negarse a participar como forma de oponerse a la iniciativa<sup>636</sup>.

Las reglas del plebiscito por la paz abandonan, como afirma Jorge ROA, el esquema regulatorio del umbral de participación previsto en la Ley Estatuaria 134 de 1994 y operan bajo la siguiente lógica. Sin importar el número total de personas que voten en el plebiscito (umbral de participación), el mismo será aprobado si se cumplen dos condiciones. Primero, que los votos por el SÍ superen, con cualquier margen numérico,

---

<sup>632</sup> Paradójicamente, el umbral de participación, en lugar de promover un alto nivel de participación por parte de los electores, tiende a generar el efecto exactamente opuesto. Esto sucede porque en una campaña los partidarios por la opción afirmativa –cualquiera que sea esta– tienen una doble carga. De un lado, deben invitar a las personas a que voten –en cualquier sentido– para superar el umbral de participación y que la elección sea válida. De otra parte, tienen que invitarlas a votar por la opción afirmativa para ganarle a la opción NO. En contrapartida, con el umbral participativo, quienes favorecen al NO pueden, simplemente, promover y beneficiarse del absentismo. Vid. ROA, Jorge. “Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: La fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz”, *serie Documentos de Trabajo*, departamento de derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, No. 47, Bogotá, 2015, pp. 10-11.

<sup>633</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, p. 354.

<sup>634</sup> Ídem p.352.

<sup>635</sup> Ídem, p.352.

<sup>636</sup> Ídem.

a los votos por el NO; y, que los votos por la opción SÍ sean equivalentes, al menos, al 13% del censo electoral (umbral de aprobación)<sup>637</sup>.

A manera de resumen, la Corte Constitucional estableció de forma previa el carácter jurídicamente vinculante del plebiscito, más no normativo; y, añadió garantías para que el proceso democrático tenga unas mínimas condiciones que fomenten la deliberación, la libertad del elector y su participación activa a favor de una opción. Si bien existen críticas importantes como el excesivamente corto tiempo para la campaña y lo extenso del Acuerdo Final, no es fiel a la verdad la afirmación de que la sociedad colombiana desconociera los acuerdos parciales y que llegara a las urnas sin ningún tipo de conocimiento sobre los mismos.

Es necesario recordar que el gobierno ha difundido por varios medios “la estructura, actividades y acuerdos logrados en la mesa de negociaciones”<sup>638</sup> que van “desde plataformas virtuales con información oficial hasta la realización de cadenas públicas de televisión y foros en distintos escenarios académicos, gremiales y con la sociedad civil”<sup>639</sup>. Pero aún más importante, según ha comentado Jorge ROA:

...la sociedad colombiana ha debatido históricamente los temas principales del proceso de paz porque estos constituyen los ejes centrales de los problemas del país: la distribución de la tierra, la política agraria, la apertura democrática, la política frente al tráfico de drogas, entre otros cientos de temas. Adicionalmente, durante el período de negociación este tipo de discusión se ha potenciado, en especial, con la divulgación de los acuerdos parciales<sup>640</sup>.

Tampoco se puede omitir que, tras la aprobación del NO, el gobierno colombiano procedió de inmediato a renegociar el Acuerdo Final y como relata GALLEGO GARCÍA, al 12 de noviembre el gobierno y las FARC-EP anunciaron un nuevo Acuerdo Final firmado en un acto solemne en Bogotá el 24 de noviembre. En este nuevo acuerdo, “se modificaron 56 de los 57 ejes temáticos en los que se organizaron las 410 propuestas de

---

<sup>637</sup> Vid. ROA, Jorge. “Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: La fase instrumental de ratificación o referendación y la implementación de los acuerdos de paz”, *serie Documentos de Trabajo*, departamento de derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, No. 47, Bogotá, 2015, p.9.

<sup>638</sup> Ídem, p.13.

<sup>639</sup> Ídem.

<sup>640</sup> Ídem.

los líderes del NO, incorporando el 80% de sus observaciones”<sup>641</sup>. De acuerdo a la autora, el texto renegociado:

...es fruto de un diálogo ampliado a todo el país a causa de los resultados del Plebiscito, incorpora la opinión de sectores que habían desoído las reiteradas invitaciones del Gobierno a participar en el proceso de paz; el Gobierno escuchó y tomó en cuenta a todos los sectores que formularon cambios, los delegatarios del Gobierno colombiano las presentaron a las FARC como propias en La Habana y las FARC cedieron mucho respecto de lo pactado en el primer Acuerdo<sup>642</sup>.

Como consecuencia de lo expuesto a lo largo de este apartado, si bien el derecho a la paz es un derecho constitucional en Colombia y, en consecuencia, contramayoritario, no se puede ignorar que los procedimientos democráticos, en la medida que brindan al Acuerdo de Paz de viabilidad práctica dentro del sistema político, son importantes pues permiten identificar puntos que deben ser nuevamente negociados o que son claramente inaceptables para la sociedad. Como resultado, no existe necesariamente una tensión entre los valores de paz y democracia, pudiéndose implementar mecanismos que impulsen la participación ciudadana, pero siendo conscientes de los notables déficits en los que se produce el debate (distorsiones sobre el contenido, falta de representación suficiente de los más excluidos, entre otros).

Las reflexiones expuestas hasta aquí, conducen necesariamente a negar una especie de poder de veto de la víctima sobre el Acuerdo de Paz basado en sus derechos fundamentales (verdad, justicia, reparación) pues, en efecto, al menos la paz negativa es una precondition para que el Estado pueda garantizar la vigencia general del Derecho y, en consecuencia, de los derechos fundamentales de las personas. Por la misma razón, no es jurídicamente exigible someter cualquier Acuerdo de Paz a mecanismos de ratificación popular pues, sin importar el resultado de aquellos, el Estado permanece obligado a la consecución de la paz. Esto de ninguna manera significa que el Estado esté autorizado jurídicamente a lograr la paz a cualquier costo. Si de hecho se desvincula de los estándares jurídicos derivados del derecho internacional aquel será nulo y autorizaría la intervención de la CPI o la declaratoria de inconvencionalidad por parte de la Corte IDH. En cambio, la participación seria de la ciudadanía podría conceder legitimidad internacional al proceso y mejorar los términos del mismo, así como asegurar la viabilidad en la implementación desde el punto de vista epistémico.

---

<sup>641</sup> GALLEGO GARCÍA, Gloria María. “La refrendación e implementación del Acuerdo de Paz no da más espera”. *Nuevo Foro Penal*, No. 87, 2016, p.7.

<sup>642</sup> Ídem, p.14.

#### 4.4. El sistema penal alternativo

El Acuerdo de Paz final contempla la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que funcionará durante 10 años que se cuentan desde la entrada en funcionamiento pleno de todas las Salas y Secciones de la JEP y que podría extenderse hasta 5 años más en caso de que resulte necesario<sup>643</sup>. El sistema se estructura en base a cinco órganos: 1. La Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, 2. El Tribunal para la Paz, 3. La Sala de Amnistía o indulto, 4. La Sala de definición de situaciones jurídicas; y, 5. La Unidad de Investigación y Acusación.

Comenzando por la Unidad de Investigación y Acusación, ente autónomo de la JEP y orgánicamente desconectado de la Fiscalía, merece señalarse que sus principales funciones son investigar y acusar en los casos que le hayan sido remitidos por las Salas de Amnistía o Indulto; la de definición de situaciones jurídicas o por la Sección de revisión del Tribunal de Paz. En ese contexto, puede decidir medidas de protección a víctimas, testigos y terceros intervinientes; solicitar a la Sección primera del Tribunal para la Paz medidas cautelares para los procesados; adoptar estrategias de selección de casos, acumulación y descongestión<sup>644</sup>.

En el caso del Tribunal para la Paz, que es el *órgano de cierre* de la JEP, aquel cuenta con cinco secciones: una para los casos en los que los responsables hayan asumido responsabilidad; otra sección para los casos en que no exista responsabilización voluntaria; una sección para apelaciones; otra para la revisión de sentencias del sistema de justicia ordinario; y, una sección que verifique el cumplimiento de las decisiones del Tribunal para la Paz<sup>645</sup>. Las competencias de la Primera Sección del Tribunal para la Paz, especializada en casos en los que existe reconocimiento oral o escrito de responsabilidad<sup>646</sup>, son las siguientes:

- A. Aprobar o modificar la resolución que profiera la Sala de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas en lo relativo al hecho y su calificación jurídica.

---

<sup>643</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 145.

<sup>644</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p.159.

<sup>645</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 160.

<sup>646</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p.161.



- B. Imponer la sanción que corresponda, atendiendo la recomendación de la Sala de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas.
- C. Fijar la modalidad y condición de ejecución de la sanción, atendiendo la recomendación de la Sala de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas.
- D. Supervisar el cumplimiento efectivo de sus sentencias.

Por otra parte, las competencias de la Primera Sección del Tribunal para la Paz en casos en los que no exista reconocimiento de responsabilidad son las siguientes<sup>647</sup>:

- A. Conocer las causas que presente la Unidad de Investigación y Acusación.
- B. Someter al procesado a juicio contradictorio y dictar sentencia absolutoria o condenatoria, según corresponda.
- C. Imponer sanciones ordinarias.
- D. Imponer sanciones alternativas en caso de que el reconocimiento se dé antes del dictado de la sentencia. Esa sanción será más gravosa que las que se otorguen en la Sala de Reconocimiento de Verdad.
- E. A su criterio, remitir procesos a la Salas de definición de situaciones jurídicas o a la Sala de Amnistía e indulto, según corresponda.

En cuanto a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, aquella tiene como principales funciones<sup>648</sup>:

- A. Resolver conflictos de competencia entre las Salas; entre las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación; y, en general cualquier colisión de funciones dentro de la JEP, siempre de forma subsidiaria cuando los representantes de cada órgano no hayan acordado otra solución.
- B. Examinar y decidir sobre cualquier decisión de autoridad jurisdiccional o de otra clase que pretenda dejar sin efecto las amnistías, indultos o cualquier otra medida dictada en el sistema JEP.

---

<sup>647</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p.162.

<sup>648</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p.163.

- C. En casos excepcionales y reglados, revisar las sentencias expedidas en el marco de la JEP, estando vedado empeorar la situación del sentenciado.
- D. A petición del condenado o de la Sala de definición de situaciones jurídicas, revisar las sentencias expedidas por la justicia ordinaria a fin de determinar si aquellas incluyen infracciones en las que resulta competente la JEP, no pudiendo agravar la situación del procesado o condenado.

Al momento, la JEP se encuentra en funcionamiento pleno y en el procesamiento de siete macrocasos<sup>649</sup>. En cuanto al procedimiento y las sanciones a imponerse, debe distinguirse entre quienes realicen un reconocimiento de verdad y de responsabilidad y quienes no lo hagan, como se expondrá en los apartados que siguen.

#### **4.4.1. Ámbito subjetivo y temporal del sistema penal**

El Acuerdo Final para la Paz pretende un juzgamiento equitativo o simétrico de todas las partes involucradas, directa o indirectamente en el conflicto armado. Para la doctrina alemana más autorizada esto resulta positivo en la medida que en términos abstractos y normativos no se fomenta la impunidad de un bando, sino que permite evitar los reproches de parcialidad –justicia de los vencedores– y permite una mejor reconstrucción de la verdad histórica, que se nutre tanto de la verdad procesal como de la extrajudicial, para lograr una comprensión efectiva del hecho total<sup>650</sup>.

En ese espíritu, la JEP es competente para juzgar a los integrantes de la guerrilla y a los demás actores del conflicto armado, teniendo en cuenta dos condiciones importantes. En primer lugar y con carácter general, que las disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamiento penal alternativo son aplicables únicamente para las conductas criminales cometidas por cualquier actor hasta antes de la fecha de la entrada en vigor del Acuerdo

---

<sup>649</sup>Estos son: (1) Retención ilegal de personas, Auto No. 002 de 2018; (2) Situación en los municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas del Departamento de Nariño, que incluye los hechos presuntamente cometidos por miembros de las FARC-EP y de la Fuerza Pública, durante los años 1990 a 2016, Auto No. 004 de 2018; (3) Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado, Auto No. 005 de 2018; (4) Situación territorial de la región de Urabá, Auto No. 040 de 2018; (5) Situación territorial en la región del norte del Cauca, Auto No. 078 de 2018; (6) Victimización a miembros de la Unión Patriótica, Auto No. 27 de 2019; y, (7) Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado, Auto No. 029 de 2019. Cfr. ObservaJEP, Observatorio de la Jurisdicción Especial para la Paz. Disponible en: <https://bit.ly/2EvnCaE> (última consulta 18/12/2019).

<sup>650</sup> Vid. KNUST, Nandor. “Pena, pena atenuada e impunidad”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 175-176

de Paz<sup>651</sup>. Adicionalmente, los beneficios del Acuerdo de Paz y de las leyes que se dicten por el Congreso de la República con motivo de aquel, solamente beneficiarán a las organizaciones armadas en rebelión que hayan suscrito un acuerdo de paz con el gobierno (FARC-EP) y no a otras organizaciones<sup>652</sup>.

También merece la pena indicar que se fija la competencia a favor de la JEP para conocer y juzgar el financiamiento o colaboración con grupos paramilitares o cualquier actor del conflicto, siempre que se cumplan tres condiciones cumulativas: I. que aquel financiamiento no haya sido producto de coacciones; II. que la conducta no haya sido ya juzgada y sentenciada por la justicia ordinaria; y, III. que se haya financiado delitos de competencia de la JEP<sup>653</sup>.

En lo relativo al ámbito subjetivo del sistema penal alternativo, se establece que los *agentes de estado*, concepto que engloba a toda persona que al momento del acto u omisión delictual estuviere ejerciendo un cargo o empleo público, debe ser sometido a la JEP siempre que: I. El delito se haya cometido en marco y con ocasión del conflicto armado; y, II. Haya sido cometido sin ánimo de “enriquecimiento personal indebido” o que, en caso de haber existido, aquel no hubiere sido el motivo principal del injusto<sup>654</sup>.

En línea con lo comentado, si bien la normativa vigente en Colombia señala que en ningún caso les serán concedidas amnistías o indultos<sup>655</sup>, no puede dejar de mencionarse que a su favor se ha instaurado la “renuncia de la acción penal” que aplica para todos los delitos cometidos en el contexto del conflicto, excluyendo por supuesto los crímenes proscritos por el DPI. Esta institución tiene unos efectos muy parecidos –sino idénticos– al de la amnistía pues elimina los antecedentes penales, impide nuevos procesos por los mismos hechos, exime de toda responsabilidad administrativa, disciplinaria, civil y fiscal al agente de estado e impide el ejercicio de la acción de repetición<sup>656</sup>.

---

<sup>651</sup> Según el artículo 17 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>652</sup> Según el artículo 3 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>653</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 149.

<sup>654</sup> Ídem.

<sup>655</sup> De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>656</sup> Artículos 45 a 50 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

Según el criterio de REYES ALVARADO, regular un tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado era fundamental toda vez que aquellos no podían ser considerados, en los términos del Acuerdo de Paz, como delincuentes políticos “en cuanto nunca se alzaron en armas contra el régimen constitucional”. En efecto, esa circunstancia impedía que sean amnistiados como rebeldes y excluía la posibilidad de amnistiarse delitos conexos por el mismo motivo<sup>657</sup>. Pero así mismo y en línea con lo comentado, los agentes de Estado que hayan cometido delitos graves (por ejemplo, tortura, violación, privación de libertad, crímenes de guerra o de lesa humanidad) *o sin conexión al conflicto armado*, han de ser investigados, procesados y, de ser el caso sancionados, tomando en consideración los criterios de imputación para la responsabilidad por mando que incluyen el conocimiento o la posibilidad de haber conocido de la infracción, así como el haber adoptado medidas para impedir la conducta o, en su caso, investigar a subordinado<sup>658</sup>.

#### 4.4.2. Las penas en la transición

El Acuerdo de Paz final establece un sistema de penas restrictivas de la libertad que van de entre 5 a 8 años, lo que sigue la tradición de la Ley de Justicia y Paz y que no ha sido objetado expresamente por parte de la Fiscalía de la CPI y ha sido un tema que la Corte IDH ha preferido no abordar, ni declarar contrario a la CADH<sup>659</sup>. Siguiendo el tenor literal del texto, las sanciones de la JEP apuestan por “la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad”<sup>660</sup>.

Esto quiere decir que las personas que aporten elementos para hallar la verdad y también reconozcan su responsabilidad en los hechos se verán beneficiados porque: I.

---

<sup>657</sup> REYES ALVARADO, Yesid. “La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso colombiano. A manera de estudio preliminar”. En REYES ALVARADO, Yesid (ed.) *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018. Formato EPUB/electrónico, posición en Kindle 249.

<sup>658</sup> En efecto, el Acuerdo de Paz señala que: “...en ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”. Acuerdo de Paz, 2016, p. 152.

<sup>659</sup> SEILS, Paul. “La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz”, en *ICTJ análisis*, junio, 2015, p.7.

<sup>660</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 164.

Ninguna pena excederá los 8 años de duración, pero tampoco se impondrá una pena menor a 5 años; y, II. Más importante, el período máximo de cumplimiento de sanciones impuestas, incluido el supuesto de *concurso real de delitos*<sup>661</sup>, no superará los 8 años<sup>662</sup>. Como expresamente indica el Acuerdo, si bien se trata de medidas restrictivas de la libertad y movilidad, en ningún caso se autoriza la pena de privación de libertad en prisión<sup>663</sup>. Para dar cumplimiento a este tipo alternativo de sanción, la JEP deberá:

- A. Fijar extensiones de territorio donde se ubicarán los sancionados<sup>664</sup>.
- B. Fijar los horarios para el cumplimiento de sanciones restaurativas.
- C. Determinar el lugar de residencia del sancionado y aprobar cambios de residencia en caso de que deba realizar proyectos, tareas u obligaciones derivadas del Acuerdo de Paz.
- D. Establecer mecanismos de verificación del cumplimiento de la sanción impuesta.

Lo comentado aplica, con variantes muy leves, también en casos de lo que el Acuerdo de Paz denomina “infracciones muy graves”. En contraposición, en el caso de personas que no deseen aportar verdad y asumir responsabilidad por los hechos, se prevé que las sanciones cumplan las funciones ordinarias del derecho penal con un carácter evidentemente retributivo, pues se trata la privación efectiva de libertad en prisiones y/o la adopción de cualquier medida de aseguramiento. Su duración oscila entre un mínimo de 15 años y un máximo de 20 años para las conductas muy graves.

En todo caso, vale mencionar que el Acuerdo de Paz sigue siendo beneficioso para el procesado que decide no colaborar con el establecimiento de la verdad si se observa, como punto de comparación, las penas previstas en el ECPI, pues en todo caso la pena

---

<sup>661</sup> Se produce cuando varias conductas de una persona constituyen varias infracciones penales que no son susceptibles de concurso ideal o medial y opera, por tanto, la acumulación de todas las penas que corresponden a cada uno de los delitos.

<sup>662</sup> Acuerdo de Paz, 2016, pp. 163-164.

<sup>663</sup> Una idea que en general ha sido defendida por FERRAJOLI: “Si exigimos de la pena una función, ya que no educativa, cuando menos no deseducativa ni criminógena, entonces será necesario reducirla, redimensionándola o redefiniendo legalmente sus contenidos alternativos: no esperando -como se ha dicho en el apartado precedente- alterarla en la fase ejecutiva, sino modificando su duración y calidad en la fase legislativa y judicial”. El mismo autor propone como pena máxima, para cualquier delito, la privación de libertad de diez años. Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 419.

<sup>664</sup> Que como tamaño máximo podría llegar a ser equivalente al espacio destinado a una Zona Veredal Transitoria de Normalización, extensión que a su vez es determinada caso por caso por el Gobierno y las Farc. Vid. Acuerdo de Paz, 2016, p. 165.

no podrá exceder de un máximo de 20 años ni siquiera en la hipótesis del concurso real de delitos.

#### **4.4.3. Amnistía, indulto y renuncia condicionada a la acción penal**

La Corte Constitucional de Colombia señaló en la sentencia sobre el Marco Jurídico para la Paz<sup>665</sup> (C579-13) que resulta conforme con la norma fundamental colombiana renunciar condicionalmente a la potestad punitiva del Estado en casos que se cumplan en cualquiera de las tres categorías: (I) personas que participaron en crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, pero que no son máximos responsables; (II) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra<sup>666</sup>; y, (III) crímenes de guerra que no sean cometidos de “manera sistemática”, es decir, sin un nexo con el conflicto<sup>667</sup>.

Sin embargo, debe destacarse que la propia Corte Constitucional moduló el efecto de la renuncia condicionada a la potestad punitiva, encuadrándola en el principio de legalidad, explicando que aquella no puede operar de forma automática. Más bien, la renuncia condicionada tiene que operar previa verificación de requisitos –objetivos y subjetivos– que deben ser determinados de “manera muy clara” en la ley estatutaria que apruebe el Congreso de la República. Aún más importante, la Corte Constitucional entendió que:

...de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado recobrará toda su potestad para

---

<sup>665</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub.

<sup>666</sup> “Se encuentran en esta categoría por ejemplo las lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, la rebelión, el irrespeto a cadáveres, la estafa, la usurpación (invasión) de inmuebles, la falsedad de moneda, el contrabando, el lavado de activos, las amenazas, el concierto para delinquir, los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento de hidrocarburos, el daño en bien ajeno, el incendio, el porte ilegal de armas, el enriquecimiento ilícito, la usurpación de funciones públicas, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal, la traición a la patria, la injuria y calumnia, entre otros”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub, p. 297.

<sup>667</sup> Esta expresión ha sido calificada como tautológica y vacía de contenido con razón. En efecto: “La expresión “cometidos de manera sistemática”. En la sentencia se equipara indebidamente la noción “cometidos sistemáticamente” al conflicto armado como elemento contextual de los crímenes de guerra. Este tipo de crímenes están vinculados por definición a un conflicto armado, por lo cual resulta innecesaria tal equiparación”. Vid. AMBOS, Kai y ZULUAGA John. “Justicia de transición y constitución. A manera de introducción”, en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, p. 15.

investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometido en el marco de la justicia ordinaria<sup>668</sup>.

Partiendo de este principio que regula los casos de renuncia y no selección de casos penales es plausible explicar la extensión de la amnistía y el indulto en el Acuerdo de Paz Colombiano. En efecto, su texto incia explicando que la Constitución de la República reconoce las instituciones de amnistía e indulto, pero que aquellas no pueden ser aplicadas a crímenes de lesa humanidad, ni crímenes tipificados en el ECPI. Ahora bien, se destaca que aquellas sí son figuras aplicables para delitos como la rebelión y otros delitos conexos.

Sumado a lo anterior, el Acuerdo de Paz indica que en caso de duda sobre el carácter graciable de un delito, se aplicará el *principio de favorabilidad* para el destinatario, siempre que no exista en el derecho internacional una prohibición relativa a la amnistía o indulto en relación a la conducta imputada<sup>669</sup>.

De otra parte, el texto final es enfático al destacar que la “protesta pacífica, la defensa de los derechos humanos, y el liderazgo de grupos de la sociedad civil, no pueden ser por sí mismos tipificados penalmente, ni penados”. Aquello es de gran importancia en el contexto colombiano pues como ha destacado, entre otros, Alejandro APONTE, en la década de los setenta y ochenta se intensificó el discurso de la seguridad en contra del narcotráfico y la guerrilla en Colombia lo que trajo como consecuencia la criminalización de la protesta social e inclusive el asesinato de actores civiles<sup>670</sup>.

En aras de la seguridad jurídica, la Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales que aprobó el Congreso de la República de Colombia el 28 de diciembre de 2016 procura establecer de antemano los llamados delitos políticos entre los que se encuentran la rebelión, la sedición, la asonada, la conspiración, la seducción, la usurpación y retención ilegal de mando. La ley en mención distingue entre *delitos*

---

<sup>668</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub, p. 297.

<sup>669</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 148. Vid. también, Artículo 11 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>670</sup> APONTE, Alejandro. "Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición", en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, pp. 192-194.

*amnistiables, delitos no amnistiables* y delitos sobre los que opera una amnistía *de iure o de pleno derecho*.

Pero antes de abordar este tema, es importante mencionar –para la posterior explicación de que la amnistía y el indulto (impropios) pueden conceptualizarse como *equivalentes funcionales de la pena*– que como requisitos para acogerse a estos mecanismos, incluidos los tratamientos penales especiales, es necesario haber depuesto las armas<sup>671</sup> y colaborar con el establecimiento de la verdad<sup>672</sup>.

En consonancia con lo expuesto hasta aquí, la ley establece una larga lista que enumera –aunque no de forma taxativa<sup>673</sup>– cuáles son los delitos conexos a los políticos, en los que el mal cometido “no se manifiesta en la relación interpersonal entre autor y víctima sino que está orientado a las estructuras e instituciones estatales en su conjunto”<sup>674</sup>. En relación a estas infracciones procede una amnistía *de iure* que se aplica para una serie de delitos<sup>675</sup> entre los que se incluyen el porte ilegal de armas, las muertes en combate

---

<sup>671</sup> Se aplica de forma individual y progresiva, siempre que el destinatario haya efectuado la dejación de armas de acuerdo al cronograma y certificación correspondientes. La amnistía también se concede por conductas estrechamente vinculadas (y por tanto posteriores a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Paz) al cumplimiento del proceso de dejación de armas. Cfr. Artículo 18 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>672</sup> Como anota ESER: “...también debe tenerse presente que la concesión de amnistía o de disminuciones de pena no se encuentra exenta de condiciones, sino que está supeditada a la realización de actos de reconciliación tale como, de manera especial, el reconocimiento de la verdad y la asunción de responsabilidad”. ESER, Albin. “Justicia transicional: acerca del acuerdo de paz colombiano a la luz de Ulfrid Neumann”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p.59.

<sup>673</sup> Puesto que la Sala de Amnistías e Indultos podrá considerar otros delitos como conexos al político, siguiendo los criterios que a continuación se explican, aunque en ningún caso podrán concederse amnistías o indultos en crímenes proscritos por el derecho internacional penal. Vid. Artículo 16 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>674</sup> AMBOS, Kai. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, p. 135.

<sup>675</sup> Que incluyen el: “apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación habitación, violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia oficial; utilización ilícita de comunicaciones; violación la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de fuerzas armadas o explosivos; perturbación certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales, violencia contra servidor público; fuga; y



siempre que sean compatibles con el DIH y el concierto para delinquir<sup>676</sup>. En relación al carácter no taxativo de conductas amnistiables, para aplicar el principio de favorabilidad en caso de duda del carácter graciable del delito cometido, se establecen criterios que permiten a la Sala de Amnistía e Indulto determinar la conexidad del delito con los delitos políticos caso por caso.

Para este ejercicio se adoptan tres criterios incluyentes: 1. Delitos relacionados específicamente con la rebelión, ejecutados en el marco del conflicto armado; 2. Delitos en los que el sujeto pasivo es el Estado y su estructura constitucional; 3. Conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar la rebelión, siempre que no consistan de forma autónoma en crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

Contrario sensu, se elabora también un criterio restrictivo a la concesión de amnistías e indultos o de beneficios equivalentes según el Acuerdo de Paz por el cual se encuentran excluidos los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los *graves crímenes de guerra*<sup>677</sup>, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad a las reglas del ECPI<sup>678</sup>. De igual forma, los delitos comunes sin conexión al delito político no son graciales<sup>679</sup>.

En caso de que un delito en particular sea objetivamente factible de ser indultado o amnistiado, habrá que aplicar distintos procedimientos dependiendo de si quien pretenda beneficiarse se encuentra en una zona veredal transitoria; o si se encuentra en medio de un proceso judicial penal; o si se encuentra recluso cumpliendo una pena por

---

espionaje”. Cfr. Artículo 16 de Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>676</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 150.

<sup>677</sup> Es problemático el anteponer en la ley colombiana el calificativo de “graves” a los crímenes de guerra toda vez que el ECPI no contiene ninguna diferenciación. Podría entenderse –equivocamente– que existen crímenes de guerra graves, sobre los que no cabe amnistía o indulto, y crímenes de guerra que no superen el umbral requerido para ser considerado grave y, por tanto, ser susceptibles de los beneficios arriba mencionados. En este contexto, AMBOS ha indicado: “el asesinato o el secuestro de una persona podría no ser un caso “grave”, mientras que la masacre de una población sí podría ser valorada de esta manera. Esto debe ser interpretado y ahí puede surgir un problema frente al ER, el cual no tiene esta limitación”. Cfr. AMBOS, Kai. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, p. 139.

<sup>678</sup> Acuerdo de Paz, 2016, p. 151.

<sup>679</sup> Ídem.

delitos políticos o conexos. En el primer caso, el Presidente de la República de Colombia debe dictar un acto administrativo contentivo de la amnistía al cierre de las Zonas Veredales y cuando los ex combatientes se reincorporen a la vida civil. En el segundo supuesto, la Fiscalía General de la Nación debe solicitar la “preclusión” del proceso penal; y, en la tercera hipótesis, corresponde al juez de ejecución penal aplicar la “amnistía”<sup>680</sup>.

En el caso de delitos que no sean susceptibles de una amnistía de iure, corresponde a la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP resolver sobre las peticiones presentadas tomando en consideración el principio de favorabilidad, siendo requisito previo haber cumplido con la dejación de armas. En estos casos, la Sala competente debe resolver la petición en un término no mayor a tres meses desde presentada<sup>681</sup>.

Además, en todos los casos el beneficiario de amnistía, indulto, o tratamiento penal diferenciado –que incluye libertad condicional– debe suscribir un acta de compromiso en la que se obliga a ponerse a disposición de la JEP previo requerimiento, a no salir del país sin autorización expresa de la JEP y a informar de los cambios de domicilio<sup>682</sup>.

Finalmente, todos los delitos que se consideran no indultables o no amnistiables deben necesariamente ser objeto del Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). A manera de resumen, puede afirmarse que Colombia ha optado por un modelo de amnistía condicionada que no se encuentra reñida con el DPI y que en Colombia el concepto de delito político y delito conexo al político es sumamente amplio y ha sido utilizado para conceder beneficios, lo que es una contra tendencia en el derecho internacional donde se ha buscado reducir al máximo la aplicación de esta figura<sup>683</sup>.

---

<sup>680</sup> Como se sabe, es un requisito fundamental para la amnistía ser concedida de forma previa o en medio de un proceso penal, pero nunca después de impuesta la condena porque se trataría de un indulto. En este caso particular entiendo que se trata de una redacción y lenguaje utilizados de forma consciente para recalcar que, en tratándose de delitos políticos, no se perdona la pena, sino que el Estado considera que nunca hubo injusto. Vid. Artículo 19 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>681</sup> Según el artículo 21 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

<sup>682</sup> Artículos 35 y 36 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

<sup>683</sup> AMBOS, Kai. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, pp. 136, 137 y 141.

#### 4.4.4. Extinción de los beneficios

La ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales es clara al señalar que si el beneficiario de una amnistía, indulto o tratamiento penal diferenciado se rehúsa, dentro de los cinco años siguientes a la concesión del beneficio, de forma reiterada e injustificada, a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz consistentes en participar en los programas de reparación a las víctimas, o acudir ante la “Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No repetición”, o ante la “Unidad de Búsqueda de las Personas dadas por Desaparecidas”, perderán los beneficios adquiridos en el marco del derecho penal transicional<sup>684</sup>.

Lo comentado aquí no se contrapone con el principio de seguridad jurídica, que es de vital importancia para un proceso ordenado de justicia transicional, sino que se complementa con la noción de que las decisiones de la JEP tienen fuerza de cosa juzgada material y, en consecuencia, no pueden ser revisadas ni modificadas por otros poderes del Estado, salvo por el Tribunal para la Paz<sup>685</sup>. Además, el contenido de la ley colombiana recoge las guías de los principios de Belfast sobre Amnistía y responsabilidad<sup>686</sup>, por lo que se puede afirmar que la posibilidad de privar al beneficiario de la amnistía, indulto o tratamiento penal especial es una *garantía institucional*<sup>687</sup> de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, así como de la función preventivo-integradora del derecho penal estatal.

---

<sup>684</sup> Artículo 14 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

<sup>685</sup> Artículo 13 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones: “Las decisiones y resoluciones adoptadas en aplicación de la presente ley tienen efecto de cosa juzgada material como presupuesto de la seguridad jurídica. Serán inmutables como elemento necesario para lograr la paz estable y duradera. estas sólo podrán ser revisadas por el Tribunal para la Paz”.

<sup>686</sup> “Con el fin de aumentar la legitimidad y la legalidad de una amnistía, puede que beneficiarios individuales estén sujetos a condiciones que deberán cumplir para evitar la revocación de los beneficios. Estas condiciones le proporcionan al estado un medio para imputar responsabilidad a individuos que podrían abusar del proceso de amnistía, y puede animar a los beneficiarios a contribuir a los procesos de reconciliación en curso...”. Vid. *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*, Universidad de Ulster e Instituto de Justicia Transicional, 2013, p.16.

<sup>687</sup> Sería lo que FERRAJOLI ha denominado garantías secundarias de los derechos fundamentales. Si se apoya la idea de que la víctima tiene un derecho fundamental a conocer la verdad y obtener reparación en contextos de graves violaciones de DDHH, la posibilidad de revisar el incumplimiento de lo pactado en el Acuerdo de Paz, hace que los mencionados derechos sean justiciables y no letra muerta. Así mismo, podría decirse que se trata de una garantía institucional y secundaria para los beneficiarios en dos sentidos. En primer lugar, solamente una institución –el Tribunal para la Paz– tiene competencia sobre la eventual revocatoria de beneficios. Esto quiere decir que la actuación por parte de otro poder estatal sería arbitraria. En segundo lugar, implica que ese *derecho subjetivo* a ser tratado por el Estado de una manera determinada (derecho penal alternativo, amnistía o indulto) solamente puede ser revocado por motivos

#### 4.4.5. Selección y priorización penal en la justicia transicional

Una realidad que debe asumirse en los procesos de justicia transicional que se producen no por la derrota bélica del adversario sino por acuerdo entre los actores del conflicto – no existiendo en consecuencia ni vencedores ni vencidos– consiste en la imposibilidad práctica de juzgar penalmente –aún por medio de procedimientos alternativos– a todas las personas con algún grado de responsabilidad penal, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, dado que el derecho penal simple y llanamente no tiene la capacidad para sancionar la violencia masiva <sup>688</sup>. Ello significa que irremediamente no todos los casos serán juzgados, bien porque su procesamiento tomaría un largo período de tiempo que haría inviable la transición, bien por los altos costos que aquello implica, o porque el sistema judicial colapsaría y también porque sería contrario al fin último de lograr la paz.

Si bien el criterio expuesto resulta contrario a la jurisprudencia de la Corte IDH –en la medida que el derecho a la justicia es concebido como un derecho fundamental, individual y contramayoritario– lo cierto es que los límites prácticos del poder penal han sido ratificados no solamente por la historia –los legados de Núremberg, Tokio, la Antigua Yugoslavia, Camboya– sino también por la doctrina dominante. Por ejemplo, Kai AMBOS ha dicho en atención al caso de Colombia que:

Sería más transparente decir con claridad que hay miles de personas que nunca van a poder ser procesadas y que por esto solo se busca procesar una cantidad reducida de individuos —el 5 % por ejemplo— con los criterios que existen en DPI o en la directiva que la misma Fiscalía colombiana expidió hace unos años para priorizar la investigación de casos —por ejemplo, casos representativos, líderes, entre otros—. Claro está, aceptar abiertamente la limitación de este sistema hubiera sido difícil teniendo en cuenta el

---

tasados previamente en la ley. Sobre esta idea, vid. FERRAJOLI, Luigi. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2006, *passim*.

<sup>688</sup> Es una idea aceptada que el derecho penal se encuentra ligado al monopolio de la fuerza como precondition para su aplicación. Vid. KNUST, Nandor. "Pena, pena atenuada e impunidad", en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 155. Por su parte, PASTOR anota que: "el sistema penal no está previsto ni tiene capacidad para ser aplicado a través del procedimiento a hechos masivos. Su misión es mucho más modesta y no resiste ampliaciones. Lo que hay que ampliar es la imaginación para prevenir y retribuir los crímenes masivos y sangrientos por medio de mecanismos distintos del poder punitivo, no apto, evidentemente, para tales empresas". Vid. PASTOR, Daniel. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006, p. 73.

impacto político y la posible reacción de diversos sectores sociales, como por parte de las ONG. Sin embargo, tarde o temprano se harán evidentes los límites de la JEP<sup>689</sup>.

Partiendo aquí de la premisa de que el derecho penal “en su configuración original, no se encuentra diseñado para una cantidad tan grande de autores ni para hechos delictivos extremadamente entrelazados y complejos”<sup>690</sup>; parece imperioso sentar unas máximas que vinculen al poder público y limiten la arbitrariedad del mismo en el ejercicio selectivo del poder penal. Las nociones básicas de justicia obligan a que se trate de un sistema jurisdiccional, público y simétrico, en el sentido de juzgar a todos los actores del conflicto para que, en términos normativos, se combata efectivamente la impunidad y se restablezca la confianza en el Derecho. En línea con lo comentado, un sistema procesal penal debe sentar unos principios rectores que permitan determinar quiénes y porqué serán ellos los sometidos al poder penal y no otros.

El establecimiento de criterios de este signo refuerza la confianza de las víctimas<sup>691</sup> y permiten dirigir los esfuerzos del Estado para un ejercicio eficiente del poder penal. Lo dicho se concreta, básicamente, en la incorporación de principios de *selección, priorización y modelos de imputación*<sup>692</sup>. En otras palabras, se trata de que los criterios de corrección del proceso penal no sean únicamente materiales, sino que como defiende RAWLS (a partir de la idea de justicia procedimental) se infiera la legitimidad global del sistema transicional a través del procedimiento<sup>693</sup>.

---

<sup>689</sup> AMBOS, Kai. “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, p. 147.

<sup>690</sup> KNUST, Nandor. “Pena, pena atenuada e impunidad”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 171.

<sup>691</sup> Como apunta KNUST, el objeto central del derecho penal es la estructura de las expectativas de la sociedad. En sus palabras: “...el derecho penal apunta, particularmente, a aquellos miembros de la sociedad que no han cometido delitos, al restablecimiento de su confianza en el ordenamiento jurídico y a la consolidación de su fidelidad al derecho”. KNUST, Nandor. “Pena, pena atenuada e impunidad”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 157.

<sup>692</sup> Que históricamente se han basado en la imputación de los “máximos responsables”. Así, el Consejo de Seguridad de ONU, mediante Resolución 1503, 2003, dictada en su reunión 4817, el 28/8/2003 sugirió que el TPIY se concentre “en la investigación y juzgamiento de los máximo dirigentes que sean sospechosos de ser máximos responsables de la comisión de los crímenes sobre los cuales tiene jurisdicción el TPIY [...]”. Lo mismo podría decirse de los Tribunales Extraordinarios de Camboya y también del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sobre este último caso, vid. KNUST, Nandor. “Pena, pena atenuada e impunidad”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 135-190.

<sup>693</sup> La idea central es que el procedimiento que se sigue nos hace presumir –confiar– en una decisión independientemente de su sentido. Por tanto, si se conoce el criterio de justicia material (juzgar, al menos, a los máximos responsables) se debe diseñar un sistema procesal que tienda a satisfacer el criterio de

Como ha apuntado acertadamente Stefanie BOCK, al contrario de lo que sucede en la criminalidad ordinaria donde hay una dualidad víctima-victimario que hace más o menos sencilla la atribución de culpabilidad por el injusto cometido, en los casos de *macrocriminalidad*<sup>694</sup> existe un conflicto político o una situación generalizada de violencia sin la cual no se puede explicar satisfactoriamente la actuación de un sujeto particular en el injusto<sup>695</sup>. Entonces, siendo la meta última del derecho penal transicional dar una explicación del hecho total y restaurar la confianza cívica en el Derecho por medio de las garantías de no repetición<sup>696</sup>, la práctica sugiere concentrarse en la figura de los “*máximos responsables*”.

Pero, ¿quiénes son los máximos responsables? para la Corte Constitucional de Colombia, el concepto hace referencia a “aquellas personas que tengan un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito”, tomando en cuenta a las personas que (I) hayan dirigido el delito dando la orden de la comisión de las conductas punibles; (II) quienes hayan tenido el control de la comisión del delito; y, (III) quienes lo hayan financiado<sup>697</sup>.

Como se puede apreciar de inmediato, el aporte de la Corte Constitucional de Colombia es nulo y, más bien, dificulta en términos prácticos el rol de la JEP en el procesamiento de causas penales, pues no reduce significativamente el universo de personas sobre las que debe ejercerse el poder penal. Existen dos formas de aproximarse al concepto de

---

justicia (un sistema judicial independiente e imparcial, principios que rigen la selección y priorización de casos). En efecto, se trataría de una justicia procesal imperfecta –en la medida que un “máximo responsable” podría no ser identificado, por ejemplo– pero no por este motivo el criterio deja de ser importante en términos estrictamente normativos. Cfr. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de cultura económica, 2012, *passim*.

<sup>694</sup> Se utiliza el término macrocriminalidad en sus términos más amplios, incluyendo a actores no estatales. Al respecto, vid. AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Internacional Penal. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 44-48.

<sup>695</sup> BOCK, Stefanie. "Imputación en Derecho Penal Internacional", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, No. 9, 2017, p.515.

<sup>696</sup> Como sugiere APONTE, el objetivo de la justicia transicional –al menos en Colombia– no es revelar la actuación de individuos sino de verdaderos aparatos criminales. Para ello, se requiere descubrir el entorno social, cultural, político y económico del conflicto. Por eso, más allá de la sanción penal, el objetivo principal, como máxima garantía de no repetición, es dismantelar los aparatos macro criminales, lo que demanda descubrir la información sobre cómo actuaron, sus alianzas, protectores, financiamiento, entre otros. Vid. APONTE, Alejandro. "Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición", en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, p.186.

<sup>697</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub, p. 302.

máximos responsables, una amplia y otra restringida. En la primera, se alude a los jefes máximos de la organización criminal, por ejemplo, como señalan COTE BARCO y TARAPUÉS:

...se estaría hablando, por ejemplo, de la investigación penal en contra de los miembros del secretariado del grupo guerrillero FARC-EP por hechos como el uso de minas antipersona como estrategia de guerra. Ellos podrían ser investigados y sancionados penalmente en la medida en que han participado en el diseño de dicha estrategia o la han incentivado<sup>698</sup>.

Mientras que, desde una aproximación mucho más amplia al concepto de máximo responsable, se alude a las personas de mayor jerarquía o poder de mando de entre todas aquellas personas a quienes se les podría imputar penalmente un hecho. Esta aproximación se refiere a casos protagonizados por:

...mandos medios o incluso a personas ubicadas en los eslabones más bajos de la cadena de mando, como por ejemplo, a un subteniente o cabo del ejército —en el caso de la fuerza pública— o a un jefe de columna o de cuadrilla —en una estructura guerrillera—. En este caso sería posible pensar en un delito cometido en contra de civiles en desarrollo de actividades como el patrullaje y que podría constituir un crimen de guerra. La violación o el homicidio de un grupo relativamente pequeño de civiles, cinco o seis mujeres por ejemplo, cometidos por una unidad de infantería compuesta por doce soldados no es necesariamente imputable a personas u oficiales de alto rango y sin embargo es posible hablar de máximo responsable con relación a aquel que tenía a su mando dicha unidad<sup>699</sup>.

En ese sentido, la *noción restringida* o clásica de máximo responsable permite imputar penalmente a una persona que ostenta el dominio de la organización criminal pero que probablemente ni siquiera presenció personalmente el hecho que se le imputa. En palabras de ROXIN: "...el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo. La mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor. Sobre todo, no hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas"<sup>700</sup>. De otra parte, la *noción amplia* del concepto de máximo responsable permite imputar, por ejemplo, al comandante de una masacre concreta, aunque aquel sea un eslabón reemplazable dentro del GAOML.

---

<sup>698</sup> COTE BARCO, Gustavo y TARAPUÉS, Diego. "El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013" en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, p. 255.

<sup>699</sup> Ídem.

<sup>700</sup> ROXIN, Claus. "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata." *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 7, 2006, p. 13.

Si se asume que el mandato de la Corte Constitucional de Colombia no se trata de un error sino de una formulación coherente, podríamos inscribir aquel modelo de imputación en las ideas del penalista suizo Hans VEST que, vistas las limitaciones del modelo de imputación para aparatos organizados de poder diseñado por Claus ROXIN, (dado que la autoría mediata requiere el “dominio de la voluntad” del ejecutor y presume su *fungibilidad*) propone considerar, en palabras de AMBOS:

...al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo dominio del hecho contiene más que la suma de los dominios individuales de los partícipes. Aquí sale a la luz un principio de imputación del hecho total (*Zurechnungsprinzip Gesamttat*), según el cual la organización criminal como un todo sirve como punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho, los cuales deben apreciarse a la luz de sus efectos en relación con el plan criminal general o en función del fin perseguido por la organización criminal. En consecuencia, puede hablarse de un dominio organizativo en escalones, de donde el dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización<sup>701</sup>.

Este modelo se fundamenta en tres niveles de participación. De este modo, el primer nivel, el más elevado en términos de responsabilidad, se integra por las personas que planifican y organizan los sucesos criminales (autores por mando). En segundo lugar, los autores por organización son mandos medios que ejercen de alguna forma el control de una parte de la organización –por ejemplo, de una cuadrilla–. Finalmente, en tercer lugar, en el nivel más bajo, los autores ejecutivos que si bien no son absolutamente fungibles sí aparecen como auxiliares en la empresa criminal global<sup>702</sup>.

Por tanto, una primera limitación en la esfera de casos que deben investigarse, ser procesados y, en su caso, sancionados, implica excluir a todos los autores o partícipes de todos los crímenes amnistiables, indultables o que admiten renuncia de la pena; y, por el contrario, centrarse en las personas sospechosas de haber intervenido en crímenes proscritos por el DPI, es decir, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Después, el concepto de máximos responsables envuelve tanto a los mandos medios<sup>703</sup> como a los autores por mando, mientras que parecería descartar a los autores ejecutivos.

---

<sup>701</sup> AMBOS, Kai. “El caso alemán”, en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2da edición, editorial Temis, Bogotá, 2009, p. 32. Énfasis fuera del texto.

<sup>702</sup> Ídem, p. 33.

<sup>703</sup> De hecho, la inclusión de mandos medios puede servir para obtener información de los autores ejecutivos que no se podría obtener, generalmente, de los autores por organización.



Ahora bien, ya delimitado el universo de casos en los que debe concentrarse la actividad punitiva del Estado (selección), también deben sentarse criterios para reglamentar la asignación de recursos a un caso concreto y determinar el orden en el que serán investigados y procesados (priorización)<sup>704</sup>. En todo caso, a efectos de priorización, como bien han destacado BERGSMO y SAFFON, la regla del *orden de llegada de la noticia criminal*, no es adecuada en contextos de transición dado que podría dejarse de priorizar casos que coadyuven cualitativa y cuantitativamente de forma más relevante a los fines de la transición; o, bien podría llevar a la indeseable situación de enfocarse en investigaciones que no pueden avanzar por motivos varios como puede ser la falta de prueba suficiente para instruir el caso.

De otra parte, la *disponibilidad de la prueba*, si bien es un criterio importante para priorizar un caso, no constituye el elemento definitivo para la decisión pues enfocarse mayoritariamente en *casos fáciles* puede desviar la política criminal y frustrar la pretendida transición. Más bien, parecería aconsejable observar la práctica de los tribunales internacionales, híbridos y locales exitosos para perfilar *criterios objetivos, subjetivos y complementarios* y determinar los casos que deben ser priorizados en base a una evaluación ponderada de varios elementos y no dar preferencia a uno en particular.

Respecto del criterio objetivo de *gravedad*, el ente encargado de la investigación e instrucción debe tener en cuenta factores como (i) el número de víctimas, (ii) el área de destrucción, (iii) la duración y repetición del ataque, (iv) la naturaleza de los crímenes, (v) el modus operandi de la conducta criminal (en particular, la crueldad, el desprecio flagrante por el derecho), (vi) un motivo discriminatorio, (vii) el nivel de control del presunto autor. De otro lado, respecto del criterio subjetivo de *representatividad*, el ente encargado de la investigación e instrucción ha de considerar la capacidad del caso para ilustrar el modus operandi –políticas, patrones criminales, planes– tanto de los agentes estatales como de la guerrilla. Dentro de este criterio subjetivo se incluyen también la capacidad del caso en la contribución para revelar las motivaciones de las violaciones de DDHH cometidas en los territorios más afectados.

---

<sup>704</sup> “...los criterios de prioridad no operan como un umbral, dado que todos los casos clasificados deben ser finalmente investigados y perseguidos”. Vid. BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?”, en AMBOS, Kai (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. GIZ, Bogotá, 2011, p.28.

Luego de examinar los elementos para valorar con alguna pretensión de objetividad la *gravedad y representatividad* del injusto penal, debe mencionarse los *criterios complementarios* como la disponibilidad de información. En efecto, el ente encargado de la investigación e instrucción puede no priorizar un caso donde se percate de la destrucción de evidencia, el asesinato de los testigos, alto peligro o represalias contra las organizaciones denunciantes, entre otros. Otro criterio complementario de gran utilidad para decidir si priorizar un caso o no es si el caso ha sido sometido ante órganos internacionales como la CPI, la Corte IDH o el Comité del Pacto de Derechos Civiles de la ONU. Bajo la aplicación del principio de subsidiariedad, si estos casos han superado la fase de admisión, significa que se trata de una violación de DDHH significativa y que puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado por lo que la atención local de la justicia penal aparece más que justificada.

De este modo, puede afirmarse que el establecimiento de criterios de priorización claros y públicos coadyuva a la legitimidad global de la transición, del proceso penal y la función preventivo-integradora del derecho penal, sin que sea necesario fundamentar la necesidad de criterios públicos en la “igualdad de los derechos de las víctimas”<sup>705</sup>.

#### **4.4.6. La prohibición de suspensión de la pena: un ejemplo de diálogo entre autoridades locales e internacionales**

Como ha reseñado la Corte Constitucional de Colombia, la suspensión de la pena es un mecanismo pensado para que el condenado no vuelva a delinquir o que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo y tiene una innegable función resocializadora. En ese sentido, su virtud descansa en “conectar la fuerza de la declaración de culpabilidad con la posibilidad de renunciar o disminuir temporalmente sus efectos”<sup>706</sup>. Por este motivo, la suspensión de la pena puede ser apreciada como una sanción penal autónoma, que de

---

<sup>705</sup> Los autores adscriben la idea de que la justicia penal es un bien limitado y que debe operar la lógica de la justicia distributiva. Por tanto, toda priorización debe estar justificada para no vulnerar injustificadamente aquel “beneficio escaso” o “principio de igualdad” para las víctimas. Esta idea debe rechazarse en la medida que implica reconocer un derecho de la víctima al castigo del autor. No hay necesidad de justificar la priorización de casos siguiendo esa lógica. Bien puede sostenerse que la priorización debe estar justificada por la lógica de la prevención general del delito. Vid. BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?”, en AMBOS, Kai (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. GIZ, Bogotá, 2011, p.26.

<sup>706</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub, p. 298.

acuerdo a cómo se configure en cada caso podría significar una cuasi-renuncia a la pena si solamente se condiciona a no delinquir en cierto plazo; una cuasi-pena, si tiene condiciones gravosas para el beneficiario; o bien, una cuasi-medida de seguridad o una combinación entre pena y medida de seguridad.

Como se estudió antes, la JEP utilizará los principios de priorización y selección penal en su mandato de tal suerte que la suspensión de la pena juega un rol importante en los *casos no seleccionados* al habilitar que en los procesos penales a los que el sospechoso se someta voluntariamente, revele la verdad de los hechos, se reconozca a la víctima como tal y se imponga una pena, aquella quede suspendida condicionalmente. Como dijo claramente la corporación constitucional: “De nada serviría que la Fiscalía pudiese priorizar los casos de los más responsables, pero aún así, estuviese obligada a seguir adelantando uno a uno los procesos penales de cada uno de los 54,000 desmovilizados”<sup>707</sup>.

En todo caso, y partiendo de que la interacción entre agentes internacionales y la justicia constitucional colombiana ha sido dinámica, auténtica y relevante, vale destacar que mientras la Corte Constitucional analizaba el Marco Jurídico para la Paz, la Fiscal de la CPI dirigió una carta al tribunal, indicando que la aplicación de la suspensión de la pena en casos de crímenes de lesa humanidad y de guerra para los “máximos responsables” habilitaría la competencia del poder penal internacional. En palabras de la Fiscal:

...una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas. Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera advertirle que se trata de una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta

---

<sup>707</sup> La Corte Constitucional reprodujo el texto del informe del segundo debate del Marco Jurídico para la Paz en la Cámara de Representantes: “[A]sí mismo, este inciso autoriza al legislador a renunciar a la persecución penal o suspender la ejecución de la pena de los casos que no sean seleccionados. Se trata de garantizar la efectividad del proceso de priorización. De nada serviría que la Fiscalía pudiese priorizar los casos de los más responsables, pero aún así, estuviese obligada a seguir adelantando uno a uno los procesos penales de cada uno de los 54,000 desmovilizados”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub, p. 299.

inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los artículos 17(2)(c) y 20(3)(b).

Quisiera resaltar que esta conclusión no se fundamenta en razones de políticas públicas (reglamentación), política o conveniencia, ya que se basa en la interpretación legal más razonable de las disposiciones del Estatuto de Roma, en atención a los factores mencionados anteriormente, que serían estudiados por los jueces de la CPI si tuvieran que fallar sobre el tema. También he tomado en consideración el asunto por su valor potencial de sentar un precedente para los demás casos y situaciones ante la Corte, en el presente y el futuro<sup>708</sup>.

Teniendo en cuenta la comunicación antes citada de la Fiscal de la CPI, la Corte Constitucional de Colombia interpretó que no cabía declarar inexecutable la provisión del Marco Jurídico para la Paz sobre este particular toda vez que resulta claro que la suspensión condicional total de la ejecución de la pena no resulta aplicable a los casos que deben ser seleccionados para procesamiento penal, al decir del tribunal, los concernientes a “los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio”<sup>709</sup>.

#### **4.5. ¿Existe un lugar legítimo para el perdón?**

Si se aborda el concepto de perdón desde el ámbito secular y se aparta de nociones religiosas que aluden a su origen —el perdón divino, como consecuencia del arrepentimiento por la falta propia—, aquel puede ser entendido como un acto del habla entre dos seres racionales, la víctima y el ofensor. Ahora bien, la noción de perdón presupone la idea de que existe un daño injusto y que aquel es atribuible a una o más personas que pueden ser identificadas. Dicho de otra forma, no puede existir perdón sin capacidad de identificar al ofensor. A eso se refería Hannah ARENDT cuando mencionaba en una carta dirigida a Karl Jaspers en 1951 que:

...el mal extremo no toleraría, además, ni castigo, ni perdón: no se puede perdonar al hombre sin perdonar lo que ha hecho, pero, para perdonar, también es necesario que haya alguien a quien deba perdonarse, y esto es lo que la fabricación sistemática de cadáveres de los nazis ha hecho imposible<sup>710</sup>.

---

<sup>708</sup> Citado en LÓPEZ, Beatriz y JARAMILLO, Felipe. "La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales." *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 16, No. 02, 2014, pp. 82-83.

<sup>709</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, p. 300.

<sup>710</sup> Citado en HERRERA, Carlos y TORRES, Silvana. “Reconciliación y justicia transicional: opciones de justicia, verdad, reparación y perdón”. *Papel Político*, no 18, 2005, p.99.

En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ se ha pronunciado sobre la subordinación del Derecho penal a la política en casos de amnistía, leyes de punto final y, generalmente, a los procesos de justicia transicional. A su criterio, “en estos casos el merecimiento y la necesidad de la pena se someten a intereses muy superiores en contextos de excepción, dando lugar a formas de *perdón impuro o condicionado*”<sup>711</sup>. Este autor opina que los casos antes mencionados deben quedar fuera de la definición de perdón moral en la medida que sin la celebración de un juicio no puede hablarse propiamente de la constatación de un injusto culpable, ni del merecimiento, ni de necesidad de pena del hecho presuntamente cometido por el sujeto.

Otra noción fundamental sobre el perdón es comprender que la víctima no está obligada a concederlo toda vez que los seres humanos actuamos a veces de forma racional y, otras, de forma puramente emotiva “con lo cual cada persona tiene la más amplia autonomía para deliberar y decidir si perdona o no, si retiene la ofensa o si se reconcilia con quien la ofendió, sin ninguna interferencia ni de las autoridades ni de la sociedad”<sup>712</sup>. Entonces, desde una perspectiva puramente privada y bilateral, el perdón es un acto supererogatorio, en la medida que la víctima actúa más allá de su obligación moral que se inscribe en un deber negativo de no hacer daño<sup>713</sup> y despliega un acto de beneficencia que supera las interacciones sociales comunes<sup>714</sup>.

En la misma línea, UPRIMNY y SAFFON, señalan que el perdón de la víctima es un concepto que corresponde al ámbito moral y no al jurídico. En todo caso, cuando el lenguaje de la justicia transicional es utilizado para legitimar fórmulas basadas en un concepto de reconciliación demasiado simplista, el Estado obliga a las víctimas a optar

---

<sup>711</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 198.

<sup>712</sup> Como acota GALLEGO GARCÍA: “la sociedad colombiana se ha dado una Constitución Política que erige el principio de autonomía personal (o libre desarrollo de la personalidad) y el principio de laicidad del Estado en principios fundantes del Estado colombiano y de las instituciones públicas (artículos 1º. y 16), de manera que cada persona tiene la más amplia libertad para la conducción de su existencia, para hacer los juicios críticos sobre su vida y la forma de concebir sus relaciones con los demás y para servirse de su propia razón en todas las cuestiones de conciencia moral...”. Vid. GALLEGO GARCÍA, Gloria María. “Perdón y proceso de paz en Colombia.” *Nuevo Foro Penal*, No. 87, 2016, pp.159-180.

<sup>713</sup> “Cada persona como miembro de la sociedad política, como ciudadano, tiene obligaciones políticas respecto de la paz: abstenerse de hacer la guerra y de hacer una apología de la guerra, apoyar políticas de paz y de resolución pacífica de conflictos, ayudar a que haya concordia en el ámbito social en el que se actúa”. Cfr. Ídem, p. 176.

<sup>714</sup> Ídem, p.173.

por un perdón forzado, que violenta su derecho a disentir y a no perdonar y contribuyen a la creación de resentimientos. En ese contexto:

...los movimientos de víctimas y las organizaciones de derechos humanos han propuesto interpretaciones alternativas de la noción de reconciliación, que pueden ser compatibles con la democracia y los derechos de las víctimas, en particular a través de la garantía del derecho a disentir y de la posibilidad de no perdonar. De acuerdo con estas interpretaciones, el perdón no es necesario para lograr una reconciliación social; basta con asegurar el reconocimiento de todos los miembros de la sociedad –incluidos los antiguos enemigos– como conciudadanos<sup>715</sup>.

No es difícil coincidir con los autores citados, si se reconoce, como lo hace SILVA SÁNCHEZ, que el derecho penal estatal no soluciona, ni pretende resolver, el conflicto interpersonal entre la víctima y el ofensor<sup>716</sup>, sino que en sus actuales condiciones probablemente tiene la denostable consecuencia de potenciarlo. En criterio del autor, el delito, constituye un acto de guerra en plano horizontal por parte del ofensor que de ninguna manera se zanja con una supuesta victoria de la víctima –si es que esto fuere posible– en el proceso penal, sino que solamente se resuelve realmente por medio de la consecución de la paz interpersonal o reconciliación.

En todo caso, si bien no corresponde al Estado perdonar en nombre de la víctima, ni forzar la reconciliación entre el ofensor y la víctima, sí es función del Estado mantener la vigencia de las relaciones verticales o institucionales, para lo cual el enjuiciamiento, la condena y la pena expresan el éxito final del Derecho penal estatal frente al acto injusto del autor que refleja su desprecio por la comunidad y por las normas sociales de aquella. En ese sentido, ha dicho SILVA SÁNCHEZ “el juicio penal aparece como el procedimiento concreto de determinación del injusto culpable atribuible al sujeto. Esta determinación constituye un fin en sí mismo, al que le corresponden diversas funciones comunicativas”<sup>717</sup>.

---

<sup>715</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia." *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, p.180.

<sup>716</sup> Como ha señalado SILVA SÁNCHEZ “en el plano horizontal de la relación interpersonal y social concreta el delito constituye una agresión, un acto de guerra que supone la ruptura de la relación de reconocimiento recíproco como seres humanos. En efecto, el delito, incluso el menos grave, niega el ser personal de la víctima”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito." *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 47, No.127, 2017, p. 497.

<sup>717</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 229.

En efecto, si se parte de que la función de la pena es reafirmar la vigencia de las normas fundamentales que configuran una sociedad particular no se puede negar que la imputación de responsabilidad penal cumple una función comunicativa, empero, no existe conexión conceptual necesaria entre la pretendida comunicación del proceso penal y la aflicción producto de la pena<sup>718</sup> pues, ciertamente, esta última característica no constituye garantía de prevención integradora (conexión funcional) y apunta, más bien, a una especie de compensación irracional de dolor de la víctima<sup>719</sup>. En ese sentido, si efectivamente el Estado se configura como Social y Constitucional de Derecho, debe hacer todo lo posible para restablecer la vigencia de la norma sin construir obstáculos para la superación existencial del delito. Según explica SILVA SÁNCHEZ:

Un Estado que no sólo se preocupa por las condiciones de la libertad abstracta, sino también por la libertad real de los ciudadanos, tiene que promover las vías para el restablecimiento de la libertad real de la víctima, del autor y del resto de la sociedad tras la producción y castigo del delito. Y ello no lo puede conseguir sólo mediante la dimensión punitiva<sup>720</sup>.

Esta idea que sería posteriormente desarrollada por el autor, parte de la premisa de que quién juzga y castiga es el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho. Solamente un Estado democrático que además se preocupa por las condiciones de libertad real del ser humano tiene la legitimidad para castigar a quién a pesar de pertenecer a la comunidad y participar de los beneficios de aquella decide violentar las normas que el mismo ayudó a construir<sup>721</sup>. Si bien, existen excepciones para aquella visión deliberativa del Derecho –por ejemplo, que hasta las personas relegadas por el Estado pueden ser legítimamente castigadas por en caso de delitos naturales<sup>722</sup>– no resulta posible descartar la corresponsabilidad estatal, que lleva al Estado a asumir, al

---

<sup>718</sup> SILVA SÁNCHEZ ha afirmado que “lo cierto es que para la comunicación de que la norma continúa siendo pauta de conducta vinculante bastaría con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva”. A pesar de que conocemos que es una apuesta utópica, no es menos cierto que no existe una conexión conceptual necesaria entre aflicción y realización del fin preventivo integrador de la pena. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Del Derecho abstracto al Derecho real”. *InDret*, 2006, no 4, pp. 2-6.

<sup>719</sup> De acuerdo a CEREZO MIR: “La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución. No puede concebirse, en cambio, la retribución como la compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible, ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente”. Vid. CEREZO MIR, José. “Culpabilidad y pena”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1980, vol. 33, no 2, p. 366.

<sup>720</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito.” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 47, No.127, 2017, p. 509.

<sup>721</sup> PAWLIK, Michael. “¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena”, *InDret*, No. 4, 2011, p.20.

<sup>722</sup> En este sentido, CIGÜELA SOLA, Javier. “Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”. *Isonomía*, 2015, no 43, p.147.

menos, responsabilidad civil para con la víctima, habida cuenta que ha promovido las condiciones criminógenas que han hecho el crimen de sistema posible<sup>723</sup>. Tampoco parece inadecuado que habida cuenta de la parcial deslegitimación del Estado para castigar se reduzca la fuerza aflictiva de la pena –si se sostiene que el dolor es comunicación<sup>724</sup> –o que en casos justificados por la falta de necesidad de la pena se deje de ejecutar aquella.

#### **4.5.1. Equivalentes funcionales de la pena: medios para el perdón**

En la cultura occidental la pena es considerada como la imposición de un castigo, en el marco de una organización social por la lesión de obligaciones jurídicas fundamentales. Ese castigo tiene una función primaria y consciente que es el “restablecimiento del Derecho lesionado por el delito”<sup>725</sup>. Pero además de esa función simbólica y comunicativa de reproche jurídico, la pena tiene una dimensión aflictiva y accidental tanto en el plano individual como social. De este modo, la pena suele producir aflicción al prisionero, pero también produce efectos negativos a terceros como su familia cercana, o bien, un sentimiento de justicia o inclusive de satisfacción si se trata de la víctima.

A partir de esa constatación de la dualidad funcional de la pena, se ha iniciado una discusión sobre cómo debe responder el Derecho penal cuando una o ambas de las dimensiones de la pena han sido satisfechas por medios alternativos al proceso penal o la pena. En ese sentido, la doctrina de los equivalentes funcionales de la pena, que es un concepto desarrollado en la teoría de sistemas de LUHMANN y aplicado al derecho penal por JAKOBS, indica que institución determinada puede sustituir alguna o todas las funciones de otra institución, siendo entonces equivalentemente funcionales parciales o completos entre sí<sup>726</sup>.

---

<sup>723</sup> Es la idea que defiende GARGARELLA, Roberto. “El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”. *Derechos y libertades*. Número 25, Época II, junio 2011, pp. 37-54

<sup>724</sup> Que es la estrategia adoptada por GÓMEZ-JARA: “*El dolor, por tanto, también es significado y no finalidad*. O expresado de otra forma: el «dolor» como portador de significados pertenecerá al concepto de la pena mientras que contribuya normativamente a la autocomprensión de la sociedad moderna – o mejor: la autocomprensión de su sistema jurídico – aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación”. Vid. GÓMEZ-JARA, Carlos. “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”. *InDret*, 2008, no 2, p. 17.

<sup>725</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 122.

<sup>726</sup> Ídem, pp. 117-119.



De este modo, un equivalente funcional de la pena puede afectar a la dimensión simbólica o aflictiva de la pena, o bien, ambas. Como se puede intuir fácilmente, dentro del marco conceptual de la teoría del delito, se estudia a los equivalentes funcionales de la pena dentro de la categoría de la punibilidad en la medida de que se considera que en efecto existe un acto, típico, antijurídico, culpable que se deja de penar –o se pena con lenidad– por especiales circunstancias. A manera de ejemplo, cuando se procesa e indulta de forma inmediata a un anciano gravemente enfermo se produce un equivalente funcional de la pena en la medida que se ha satisfecho la función simbólica de la misma (el reproche), pero se ha prescindido de la dimensión aflictiva por consideraciones relativas al principio de humanidad. Algo similar ocurre con la suspensión de la pena, en razón del prospecto de reinserción del reo.

No todos los equivalentes funcionales de la pena tienen el mismo efecto, pues según el derecho positivo, implicarán una reducción de la pena o, por otra parte, su total inejecución. Como parece claro, en este ámbito prima la libertad de configuración del legislador al momento de establecer los casos en los que existe un equivalente funcional parcial o total de la pena y, en consecuencia, de determinar sus efectos. Así, por ejemplo, la confesión del delito por parte del reo en etapas tempranas del proceso suele ser considerada simplemente como un atenuante, pero no un equivalente funcional completo de la pena.

Del mismo modo, vale la pena hacer la distinción dentro de la macro-categoría de equivalentes funcionales de la pena: (I). Equivalentes producto de hechos postdelictivos del agente (confesión, reparación a la víctima, comportamiento autopunitivo); (II). Circunstancias postdelictivas (excesos en la legítima defensa por parte de la víctima, sanciones no jurídico-penales como el ostracismo, las condiciones inhumanas de la cárcel, la pena natural, etc.); y, (III). Equivalentes funcionales sin parentesco estructural por falta de participación del Estado (el perdón del ofendido, la muerte del agente, el transcurso del tiempo, etc.).

Dado el interés específico de esta investigación, conviene limitarse a la referencia sobre los equivalentes producto de hechos postdelictivos del agente y a las circunstancias postdelictivas del sistema penal. Se deja a un lado los equivalentes sin relación estructural pues se considera que el principal, el perdón del ofendido, es irrelevante en casos de crímenes internacionales de competencia de la CPI, así como en casos de

“graves violaciones de DDHH”, pues como es bastante conocido la figura se encuentra restringida a los llamados delitos de ejercicio privado de la acción penal.

En el caso de la justicia transicional, especialmente en el modelo colombiano, la confesión de los hechos constitutivos de delitos es aplicado no como un equivalente funcional perfecto de la pena –como, por ejemplo, sucedió en la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica en la que la verdad se canjeaba por amnistía– sino precisamente como un equivalente incompleto que permite al confesor acogerse a un procedimiento penal especial en el que la dimensión aflictiva de la pena es reducida al máximo posible –sustitución de prisión por restricción de movilidad en un ambiente comunitario– y el quantum de la pena demuestra la beneficencia del legislador (como se sabe la pena no supera en estos casos los 8 años).

Algo similar sucede con la reparación del daño a la víctima, pues aquella refleja la dimensión comunicativa de la pena: solamente repara quien ha causado un daño injusto, lo que conlleva la negación del delito y la vigencia del Derecho<sup>727</sup>. Al mismo tiempo, puede entenderse que el reconocimiento de la conducta por parte del autor y el empobrecimiento patrimonial del victimario constituyen la dimensión aflictiva de la reparación. En todo caso, tanto la dimensión comunicativa como la aflictiva de la reparación serían estimadas como insuficientes, por lo que se trata nuevamente de un equivalente incompleto, que merece ser considerada como un atenuante, pero no como un caso plausible de renuncia de la pena<sup>728</sup>. En el caso del modelo de justicia transicional adoptado en Colombia, la reparación tiene una dimensión colectiva por lo que si bien es un factor que debe ser tomado en cuenta en los procesos judiciales, los principales mecanismos de reparación se enmarcan en el desarrollo de políticas públicas del gobierno o en acciones colectivas de las FARC<sup>729</sup>. Por tanto, la reparación

---

<sup>727</sup> Ídem, p. 124.

<sup>728</sup> Ha dicho ROXIN respecto de la reparación: “Pero incluso en los delitos mas graves los esfuerzos de reparacion pueden desarrollar un efecto de atenuacion de la pena. Si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con danos permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo. Pero un eventual arrepentimiento del autor de asumir plenamente los costes hospitalarios y la financiacion de otras medidas para hacerle la vida mas facil deben reducir tambien, en un caso asf, la pena. No tengo ninguna duda de que esto serfa aceptado socialmente y favoreceria una prevencion general positiva.” Vid. ROXIN, Claus. “Pena y reparación”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, vol. 52, no 1, p. 11.

<sup>729</sup> “Las FARC-EP se comprometen en el proceso de reincorporación a la vida civil, y como parte de dicho proceso, a realizar acciones de contribución a la reparación por los daños causados que podrán incluir entre otras, la participación en obras de reconstrucción de infraestructura en los territorios más afectados por el conflicto, la participación en los programas de limpieza y descontaminación de los territorios de minas antipersonal (MAP), artefactos explosivos improvisados (AEI) y municiones sin

individual es un factor para modular la duración de la pena y no un criterio para prescindir de ella.

Otros casos relevantes de equivalentes parciales de la pena, en su dimensión afflictiva, son aquellos en los que los procesados encuentren seriamente comprometida su salud producto del conflicto armado en Colombia, de forma tal que no representen en el futuro una fuente de peligro para la comisión de nuevos delitos. En ese supuesto, se podría limitar la intervención penal al juicio de reproche mediante la condena, prescindiendo de la ejecución de la pena. Lo mismo podría decirse en aquellos casos en los que el procesado sea un anciano, con capacidad de afrontar un juicio, pero con una salud seriamente comprometida o una corta esperanza de vida. No resulta contrario al ideal de justicia prescindir de la pena, teniendo en cuenta la nula capacidad de reincidencia del agente, limitándose al reproche del injusto en virtud del principio de humanidad<sup>730</sup>.

En lo tocante a la pena de prisión, SILVA SÁNCHEZ ha comentado que efectivamente tras la sentencia el juez que impone la pena sabe a perfección que no solamente impone una restricción a la libertad ambulatoria, sino que con ella vienen efectos colaterales, algunos lícitos y propios de la prisión como “institución total”, como las naturales restricciones en la intimidad, la autonomía sexual, la propiedad, la libertad de asociación, la libertad de expresión, entre otros. Pero de la mano de estos efectos colaterales lícitos se puede apreciar también unos contrarios a Derecho. A manera de ejemplo, la sobrepoblación carcelaria que crea un estado de cosas inconstitucional y que promueve contagios, amenazas, agresiones sexuales, entre otros<sup>731</sup>.

Tratándose de efectos ilegítimos y colaterales de la pena estatal, se produce en el reo un reproche afflictivo reñido con sus derechos fundamentales por lo que existen dos posibilidades: limitarse a declarar la responsabilidad en sentencia y prescindir de la

---

explotar (MUSE) o restos explosivos de guerra (REG), la participación en los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito, la contribución a la búsqueda, ubicación, identificación y recuperación de restos de personas muertas o dadas por desaparecidas en el contexto y con ocasión del conflicto, y la participación en programas de reparación del daño ambiental, como por ejemplo la reforestación”. Vid. Acuerdo de Paz, pp. 179 y ss.

<sup>730</sup> Vid. HERZOG, Félix. “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal”. *Política Criminal.*, Nº 5, 2008, D1-5, pp. 1-9. Disponible en: [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/d\\_1\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf)] (última consulta: 25/10/2019).

<sup>731</sup> SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 154.

ejecución de la pena –que es la idea por la que apuesta SILVA SÁNCHEZ– o de otro lado disminuir el quantum de la pena o instrumentar medios para la liberación temprana por buena conducta o similares. En el caso del modelo colombiano de justicia transicional, la reducción del malum passionis puede justificarse en que la propia Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el estado de crisis del sistema penitenciario<sup>732</sup>, acompañado de la comprensión de los fines de la transición.

Los equivalentes funcionales de la pena tienen, en el caso de justicia transicional colombiana, el rol fundamental de instrumentar la reconciliación en dimensión vertical, procurando no alejar innecesariamente al autor del delito de la sociedad y permitiendo su reconstitución como ciudadano. La pregunta sobre si un derecho penal de estas características resulta legítimo debe ser contestada afirmativamente en la medida que el fin preventivo-integrador que persigue queda plenamente satisfecho por medio de alternativas que tienden a lograr de mejor forma la elaboración de la verdad, la prevención general del delito, la reafirmación de la autoridad del Estado, la disolución definitiva de las FARC-EP, así como la resocialización de sus integrantes. Todo ello de la forma menos lesiva dentro de las posibilidades de la justicia penal, que hoy parece una exigencia imprescindible. En todo caso, la configuración del sistema constituye, si cabe la metáfora, una suerte de perdón desde el Estado que aparece como legítimo ante el derecho internacional.

#### **4.6. Conclusiones del capítulo**

El presente capítulo se ocupó de analizar con detalle algunos de los aspectos centrales del proceso de justicia transicional en Colombia, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, se trata del único proceso activo de este tipo en la región latinoamericana; y, en segundo lugar, por sus especiales características de orden jurídico se distingue en gran medida de cualquier otro proceso implementado hasta ahora en el mundo. En línea

---

<sup>732</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha declarado el estado de cosas inconstitucional de las prisiones en el país y ha dicho que: “La violencia al interior de las prisiones es un asunto que compete a muchos sistemas penitenciarios y carcelarios en el mundo, pero en especial a aquellos que se encuentran en situación de hacinamiento. La sobrepoblación carcelaria, por sí misma, propicia la violencia. El hacinamiento penitenciario y carcelario lleva a la escasez de los bienes y servicios más básicos al interior de las cárceles, como un lugar para dormir. Esto lleva a que la corrupción y la necesidad generen un mercado ilegal, alterno, en el cual se negocian esos bienes básicos escasos que el Estado debería garantizar a una persona, especialmente por el hecho de estar privada de la libertad bajo su control y sujeción”. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia Sentencia T-388/13, 28 de junio de 2013, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

con lo comentado, se trata de un proceso bajo el control de autoridades nacionales, es decir, no existen tribunales híbridos encargados de juzgar penalmente a los máximos responsables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

Sin perjuicio de lo dicho, el hecho de que la JEP sea una estructura judicial de orden local no implica que el proceso de justicia transicional sea ajeno a la institucionalidad internacional. A lo largo del proceso, ha intervenido la ONU, como encargada del programa de dejación de armas; la Corte IDH, como testigo de honor en la firma del Acuerdo de Paz y la CPI a través de la Fiscal, que ha enviado recomendaciones a autoridades nacionales sobre los estándares penales aceptables por el DPI.

Igualmente, merece destacarse que la propia jurisprudencia de la Corte IDH y la idea de la justicia transicional sirvieron para evitar un modelo de amnistía o indulto en términos absolutos y en su lugar sirvieron para optar por un sistema penal alternativo con penas reducidas que van desde los 5 a 8 años de privación de libertad para quienes colaboren con la elaboración de la verdad. Estas penas especiales se ejecutarán no en prisiones sino en comunidades vigiladas con el objeto de lograr la finalidad preventivo especial positiva en los condenados y habilitar una oportunidad real para su reinserción en la sociedad. De otro lado, quienes no colaboren con el establecimiento de la verdad serán juzgados con la posibilidad de recibir penas de hasta 20 años.

Como puede notarse, el rol de la amnistía y el indulto es subsidiario, solamente se aplicará a delitos políticos y conexos, no pudiendo aplicarse de ninguna forma a los crímenes previstos en el ECPI. En todo caso, quienes pretendan beneficiarse de estos institutos, que por cierto son revocables en caso de incumplimiento, deben contribuir a la construcción de la verdad y haber depuesto las armas como requisito previo. Desde la perspectiva de la prevención general, podría concluirse que la amnistía y el indulto son un equivalente funcional de la pena –por contradictorio que pudiese sonar– en la medida que, al ser impropios, no puros, condicionados a la revelación de la verdad, a la reparación de las víctimas y al dejamiento de armas, además de un régimen de libertad bajo vigilancia, las expectativas del derecho penal en lo aflictivo y lo comunicativo han quedado satisfechas: el injusto tiene un responsable y el foco de peligro que representaba ha sido anulado junto con la organización criminal y la deposición de las armas.

Los máximos responsables, es decir, la cúpula del GAOML y aquellos que hayan ejercido el dominio del hecho en cada caso seleccionado, deberán necesariamente enfrentar a la justicia penal. Siendo conscientes del importante número de procesos penales que aquello implicaría y de la imposibilidad práctica de llevarlos a buen término, la JEP ha implementado una estrategia de selección y priorización. Empero aquello significa también que existirán casos que no podrán ser juzgados por la JEP, es decir, crímenes que quedarán en la impunidad en *términos fácticos*. Sin embargo, en términos normativos, a efectos de establecer una verdad histórica, una verdad procesal, una explicación de la forma y las motivaciones con las que actuaba el GAOML, la JEP es una excelente oportunidad para luchar contra la impunidad en *términos normativos*.

Entonces, lo que queda por dilucidar es qué aproximación deberían adoptar los tribunales regionales, como la Corte IDH en el análisis de sistemas de justicia transicional tan complejos como el colombiano; y, especialmente, si la estrategia global adoptada es conforme o contraria con la CADH, así como las consecuencias procesales de aquello ante el SIDH.

**CAPÍTULO V:**  
**CONSTITUCIONALISMO TRANSICIONAL**  
**Y DEFERENCIA INTERNACIONAL.**  
**BREVES REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DEL SIDH**

**5. Introducción**

La noción de constitucionalismo transicional no es nueva en absoluto y describe a los textos constitucionales que son el producto de una transición de la dictadura a la democracia o que reflejan un acuerdo para la terminación de un conflicto armado<sup>733</sup>. Otra noción más amplia del término permite sostener que toda constitución tiene cierta vocación y elementos de flexibilidad para habilitar una transición sin necesidad de una sustitución formal<sup>734</sup>. Estas nociones, sin embargo, pueden resultar contrarias a la intuición considerando que los textos constitucionales pretenden garantizar un catálogo de derechos básicos y una estructura del poder público determinada que debe ser inamovible. En esa medida, la noción de constitucionalismo transicional alude también a un concepto político toda vez que sugiere que en determinados momentos y condiciones la norma fundamental debe ser interpretada y aplicada de forma distinta a los momentos de política ordinaria<sup>735</sup>.

Ahora bien, las decisiones de los tribunales constitucionales en aplicación del constitucionalismo transicional pueden ser contrarias a las decisiones de los tribunales regionales o internacionales como la Corte IDH, el TEDH o la CPI, situando sobre la palestra el problema sobre la justificación de la autoridad de los tribunales

---

<sup>733</sup> En general, sobre las relaciones entre constitución y justicia transicional, vid. MÉNDEZ, Juan. “Constitutionalism and Transitional Justice”. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 1270-1283.

<sup>734</sup> En general, vid. ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge University Press, 2009.

<sup>735</sup> Según ha dicho BERNAL PULIDO: “...aunque el diseño de un proceso exitoso de justicia transicional pueda, probablemente, “reemplazar” la constitución existente con algo sustancialmente diferente, debe considerarse como 'constitucional' si los mecanismos de justicia transicional solo limitan los principios esenciales de la constitución permanente en el grado requerido para que los mecanismos adoptados alcancen sus objetivos. El resultado es una noción internacionalmente matizada de “constitucionalismo de transición”. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. “Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, Vol. 3, No.4, 2014, p. 1136.

internacionales que, como parece aceptado, no puede resolverse satisfactoriamente aludiendo simple y llanamente a conceptos formales como el consentimiento brindado por un Estado a un determinado tratado. Si se acepta aquello, el problema consiste en decidir qué esfera jurisdiccional –nacional, regional o internacional– merece deferencia en un ámbito de decisión concreto y porqué<sup>736</sup>.

Para explicar la problemática y ofrecer luces sobre posibles soluciones, la estructura del presente capítulo será la siguiente. Primero, se abordará la forma en la que la CPI y el TEDH intervienen en la justicia transicional para realizar una comparación con los desarrollos de la Corte IDH. En segundo lugar, se abordará críticamente la doctrina del control de convencionalidad desarrollada en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de justicia transicional y como dificulta soluciones innovadoras y justas a Estados, que como Colombia, buscan poner fin a ciclos de violencia masiva. Del mismo modo, se describirá y estudiará brevemente la función y alcance de las cláusulas de limitación y suspensión de derechos de la CADH en la medida que pudieran brindar un marco normativo para viabilizar el constitucionalismo transicional.

En tercer lugar, se explicará suscintamente la doctrina del Margen de Apreciación Nacional (MDAN) desarrollada por el TEDH y se analizará su potencial aplicación en casos sobre justicia transicional en América latina. Como cuarto punto, se presentarán argumentos, tanto instrumentales como de fondo, que justifican ser deferentes y adoptar nuevos estándares de juzgamiento en el marco de la justicia transicional en base a cuatro elementos normativos que tienen como función modular y racionalizar el examen de ponderación que eventualmente pueden realizar tribunales regionales de DDHH como la Corte IDH: A.) la necesidad, reflejada en la verificación de una situación objetiva que impida al Estado la investigación, procesamiento y sanción de todos los crímenes proscritos en el DPI; B.) la existencia de un marco normativo e institucional aprobado por medios democráticos que demuestre el compromiso estatal de garantizar los *intereses* de verdad, justicia y reparación en la máxima medida posible dadas las limitaciones fácticas; C.) el grado de consenso jurídico regional sobre cómo lidiar con la

---

<sup>736</sup> La justificación de la autoridad es, en efecto, un *cosmopolitanismo centrado en la persona*, pero establecida esa justificación siguen siendo relevantes criterios funcionalistas para solucionar el problema como se explicará posteriormente. Vid. VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. “¿En nombre de quién?: un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant lo Blanch, 2013. pp. 128-129.



violencia masiva y las medidas adoptadas por otros países de la región para evaluar la idoneidad de las limitaciones al deber general de investigar, procesar y sancionar; y, D.) la verificación del tribunal internacional basado en el principio de división de trabajo y subsidiariedad para fundamentar la no intervención (*self-restraint*) en la medida que la actuación del Estado resulte más favorable para la vigencia general de los DDHH. Para finalizar la presentación, se acompaña un apartado de conclusiones.

## 5.1. La judicialización de la paz

Según argumentan HILLEBRECHT, HUNEEUS y BORDA, a diferencia de lo que sucedía tradicionalmente hasta mediados del siglo XX, en la actualidad es plausible afirmar que los tribunales, tanto constitucionales, como regionales e internacionales tienen una influencia considerable en la negociación e implementación de acuerdos de paz y, en ese sentido, vale hablar de una judicialización de la justicia transicional<sup>737</sup>.

Hay dos ideas que se ubican en polos opuestos sobre la participación de tribunales internacionales. Por un lado, hay quienes consideran que su intervención puede ser negativa y frustrar las negociaciones entre el gobierno y los GAOML, debilitando la deliberación democrática a nivel interno y el funcionamiento de instituciones locales. Esta crítica suele apuntar también al fenómeno de resistencia en contra a los tribunales internacionales manifestado en reclamos diplomáticos, denuncia de tratados, negativa de ejecutar sentencias, entre otros; y, por tanto, aconsejan una intervención mínima y en su caso deferente hacia las autoridades nacionales<sup>738</sup>.

En contrapartida, otros defienden que los tribunales internacionales pueden tener un rol positivo en la medida que su intervención refuerza el cumplimiento de estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación que de otro modo serían

---

<sup>737</sup> HILLEBRECHT, Courtney; HUNEEUS, Alexandra & BORDA, Sandra. "The Judicialization of Peace," *Harvard International Law Journal*, Vol. 59, No. 2, summer 2018, p. 281.

<sup>738</sup> Por ejemplo, en relación al caso *Gelman v. Uruguay (2011)* GARGARELLA ha dicho que: "Tomando una concepción dialógica o deliberativa de la democracia como mi punto de vista, me opuse a la decisión de la Corte IDH después de considerar que dadas las credenciales democráticas relativamente débiles de la Corte debió haber calibrado mejor la fuerza, los modos y los alcances de su intervención". Cfr. GARGARELLA, Roberto. "Some reservations concerning the judicialization of peace." *Harvard International Law Journal Comment*, Vol. 59, 2019, p. 11.

ignorados por los Estados envueltos en el conflicto armado<sup>739</sup>. En esta lógica, quienes abogan por la mínima intervención de tribunales internacionales en procesos de justicia transicional suelen referirse a estos como débiles o ineficaces aludiendo al bajo índice de cumplimiento de sus decisiones, destacando, por ejemplo, que la regla general no es el cumplimiento total de las sentencias dictadas por la Corte IDH o por el TEDH, sino que prima el cumplimiento parcial en las medidas de indemnización económica y que las reparaciones de carácter transformador no suelen ser cumplidas por los Estados<sup>740</sup> (en la jurisprudencia de la Corte IDH: Restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, y obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar)<sup>741</sup>.

En línea con lo comentado HILLEBRECHT, HUNEEUS y BORDA han dicho que:

En conjunto, estas críticas destacan la paradoja de que estos tribunales [regionales, internacionales] dependen de la cooperación de sistemas nacionales de justicia, lo que significa que en última instancia están sujetos a la misma dinámica política que impidió que la justicia doméstica actuare en primer lugar<sup>742</sup>.

A esta crítica basada en la efectividad de las decisiones, se suma otra que indica que la Corte IDH ha llevado a extremos insostenibles la obligación de investigar, procesar y sancionar graves violaciones a los DDHH, lo que tiene efectos tan negativos como desacreditar a los negociadores de gobiernos cuyos Estados estén sometidos a la jurisdicción del tribunal penal internacional o al tribunal interamericano<sup>743</sup>. De forma muy gráfica, BELL ha afirmado que “los acuerdos de paz y de amnistía no pueden ser claramente garantizados por los negociadores cuando un Estado ha accedido a la CPI. Técnicamente, esos acuerdos no valen más que el papel en el que están escritos”<sup>744</sup>.

Profundizando en este aspecto, cabe recordar el argumento de algunos autores en el sentido de que el solo hecho de que exista la CPI y su potencial intervención en

---

<sup>739</sup> HILLEBRECHT, Courtney; HUNEEUS, Alexandra & BORDA, Sandra. "The Judicialization of Peace," *Harvard International Law Journal*, Vol. 59, No. 2, summer 2018, p. 283.

<sup>740</sup> HAWKINS, Darren & JACOBY, Wade. "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights," *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, no. 1, 2010, pp. 35-86.

<sup>741</sup> Vid. CORASANITI, Vittorio. "Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario". *Revista IIDH*, 2009, vol. 49, p. 20.

<sup>742</sup> HILLEBRECHT, Courtney; HUNEEUS, Alexandra & BORDA, Sandra. "The Judicialization of Peace," *Harvard International Law Journal*, Vol. 59, No. 2, summer 2018, p. 284.

<sup>743</sup> Por ejemplo, se ha dicho que la Corte IDH ejerce una jurisdicción cuasi-penal, lo que por cierto ha quedado ampliamente demostrado a lo largo de los capítulos II y III de la investigación. Vid. HUNEEUS, Alexandra. "International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the Human Rights Courts." *American Journal of International Law*, Vol. 107, No.1, 2013, pp. 1-44.

<sup>744</sup> BELL, Christine. *On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria*. Oxford University Press, 2008, p. 249.

conflictos aún inconclusos en términos factuales<sup>745</sup>, en conjunto a ciertos cánones internacionales como la jurisdicción universal o la obligación de extraditar en casos de crímenes de derecho internacional tiende a dificultar la terminación de conflictos en la medida de que algunas ofertas como el exilio de los represores deja de ser una opción viable en la mesa de negociación<sup>746</sup>.

Si bien estas críticas de carácter instrumental son muy importantes y no deben ser descuidadas para repensar la forma en la que interactúan autoridades locales y tribunales internacionales o regionales, lo cierto es que esta aproximación suele ser exagerada y que la literatura más reciente sugiere que la participación de tribunales internacionales o regionales puede tener tres efectos distintos: dificultar los acuerdos de paz, mejorar los términos de los acuerdos de paz o bien ser totalmente indiferentes en los resultados del proceso<sup>747</sup>. Sobre esto último debe aclararse que no se pueden realizar generalizaciones, pero sí se pueden reseñar las formas en las que se produce un diálogo –tanto formal como informal– entre autoridades locales e internacionales.

En primer lugar, es posible que se produzca una *conversación de arriba-abajo* en la que tribunales internacionales envíen señales a las audiencias locales sobre sus expectativas en relación al proceso y al acuerdo de paz. En cambio, la segunda alternativa tiene que ver con el lenguaje, forma e instrumentos utilizados en la negociación de acuerdos de paz tanto por parte del Estado como de los grupos armados al margen de la ley, que adaptan el texto del acuerdo de paz aludiendo a estándares internacionales y a un determinado lenguaje común (derechos de las víctimas, verdad, justicia, reparación, no repetición, etcétera) con miras de ganar legitimación política y prevenir impugnaciones posteriores. Una tercera vía consiste en una *conversación de abajo hacia arriba* en la que actores locales –entre los que puede incluirse a los tribunales constitucionales–

---

<sup>745</sup> Una crítica potente en el caso de Uganda en el que la CPI intervino en medio del proceso de negociación, mediante la expedición de órdenes de arresto y rechazando una ley de amnistía. Vid. BRANCH, Adam. Uganda's civil war and the politics of ICC intervention. *Ethics & International Affairs*, 2007, vol. 21, no 2, pp. 194-195.

<sup>746</sup> KRUMHOLTZ, Daniel. "Should I Stay or Should I Go? Leaders, Exile, and the Dilemmas of International Justice". *American Journal of Political Science*, 2018, vol. 62, no 2, *passim*.

<sup>747</sup> Vid. GINSBURG, Tom. "Courts and new democracies: recent works". *Law & Social Inquiry*, 2012, vol. 37, no 3, pp. 720-742.

buscan persuadir a los tribunales internacionales sobre su visión de la problemática jurídica<sup>748</sup>.

Estas tres formas de conversación se producen en Colombia en el marco del proceso de paz con las FARC-EP. Así, por ejemplo, varias autoridades internacionales como en su momento fue Roberto F. Caldas, ex Presidente de la Corte IDH, concurrió a la firma del Acuerdo de Paz en calidad de testigo de honor y manifestó públicamente que se trataba de un momento histórico “en que se pretende acabar con un conflicto interno de muchas décadas. ¡Eso es una celebración!”<sup>749</sup>. También la CIDH ha intervenido felicitando la suscripción del Acuerdo de Paz<sup>750</sup> y, posteriormente haciendo seguimiento del mismo, presentando sus sugerencias y preocupaciones<sup>751</sup>. De otro lado, tampoco puede obviarse la intervención de la Fiscal de la CPI que mediante comunicaciones e informes se ha pronunciado sobre aspectos jurídicos<sup>752</sup> que pueden influir en la admisibilidad de los casos ante el tribunal penal internacional:

La Fiscalía continuará examinando el carácter genuino de las actuaciones llevadas adelante en el contexto del sistema de justicia ordinario, los Tribunales de la Ley de Justicia y Paz y la JEP. Si bien señala positivamente que la JEP esté ahora en pleno funcionamiento, la Fiscalía continuará examinando desarrollos relacionados a su

---

<sup>748</sup> HILLEBRECHT, Courtney; HUNEEUS, Alexandra & BORDA, Sandra. "The Judicialization of Peace," *Harvard International Law Journal*, Vol. 59, No. 2, summer 2018, p. 294-295.

<sup>749</sup> Radio Caracol, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos está de testigo en un momento histórico en Colombia”. Disponible en (último acceso el 29/04/2019): [https://caracol.com.co/radio/2016/09/26/nacional/1474922100\\_935377.html](https://caracol.com.co/radio/2016/09/26/nacional/1474922100_935377.html)

<sup>750</sup> En palabras del Comisionado José Jesús Orozco “...saludamos el hecho de que el acuerdo contenga un capítulo específico sobre los derechos de las víctimas. Este es un aspecto de la máxima importancia. La Comisión se encuentra analizando este capítulo, así como todos los contenidos del acuerdo, pero el hecho mismo de su existencia es muy destacable y así lo reconocemos”. Cfr. CIDH, Comunicado de prensa: “CIDH saluda firma del acuerdo para la construcción de la paz en Colombia”. 29 de agosto de 2016. Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/122.asp> (último acceso: 17/09/2019)

<sup>751</sup> Por ejemplo: “A más de un año de funcionamiento de la Jurisdicción, preocupa a la CIDH que esta no cuente con un marco normativo completo. Por ello, reitera su llamado al Estado para definir lo relativo al proyecto de ley estatutaria de la JEP, que otorgue mayor seguridad jurídica a sus actuaciones y le permita entregar respuestas judiciales oportunas a las víctimas y demás personas que acudan ante ella. Adicionalmente, la Comisión resalta la importancia de garantizar la independencia y autonomía judicial en un contexto de justicia transicional para que las instituciones administradoras de justicia consoliden sus actuaciones sobre lo acontecido en el conflicto armado”. Cfr. CIDH, Comunicado de prensa: “CIDH monitorea avances y desafíos de la Jurisdicción Especial para la Paz a un año de su funcionamiento”. 29 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/130.asp> (último acceso: 17/09/2019).

<sup>752</sup> Un ejemplo de conversación formal entre la Fiscalía de la CPI y la Corte Constitucional de Colombia se aprecia claramente cuando la Fiscal de la CPI intervino como *amicus curiae* en el procedimiento de control de constitucionalidad del Acto legislativo 01/2017, a petición del propio presidente de la Corte Constitucional. Cfr. Fiscalía de la CPI, *Escrito de amicus curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia* (RPZ-0000001 y RPZ-003). Disponible en: <https://bit.ly/2KaiC0n> (última consulta: 21/10/2019).

reglamentación, operaciones y actuaciones al punto de que el funcionamiento de la jurisdicción tendrá un impacto crítico respecto del examen de la Fiscalía respecto de la admisibilidad de los casos potenciales que surjan de la situación en Colombia<sup>753</sup>.

Ya desde aquí debe notarse que la influencia en los procesos transicionales por parte de tribunales internacionales –y en su caso de órganos autónomos pero vinculados– es real y que actúan, si cabe la metáfora, como actores relevantes fuera de la mesa de negociación limitando por un lado lo que puede ofertar el equipo negociador del gobierno, pero también limitando las aspiraciones del equipo negociador del GAOML. Como consecuencia natural de aquello, los actores de la negociación han mutado su lenguaje con propósitos legitimadores y de prevención evitando extremos que ambos reconocen como inaceptables, por ejemplo, amnistías o suspensiones de la pena para crímenes de competencia de la CPI. Finalmente, la tercera vía o la respuesta *de abajo hacia arriba* está abanderada por la Corte Constitucional de Colombia por medio del control de constitucionalidad de las leyes dictadas con motivo del proceso de paz. Son, precisamente, estas decisiones que dialogan con la jurisprudencia internacional existente las que tratan de demostrar a los actores internacionales que no existe incompatibilidad alguna con los estándares internacionales o que, si en efecto existieron, esas incompatibilidades normativas son resueltas en sede local por la Corte Constitucional de Colombia<sup>754</sup>, arrojando como consecuencia una presunción de legitimidad global del sistema.

En efecto, el caso colombiano es un excelente ejemplo de diálogo informal y formal tanto de autoridades no judiciales como judiciales. Si nos preguntamos cómo puede influir la CPI –y la Fiscalía de esta institución– basta con ver el intercambio de criterios por medio de comunicados oficiales expedidos por la Fiscal dirigidos tanto al gobierno como a la JEP y la Corte Constitucional de Colombia. Adicionalmente, la Fiscalía de la CPI inició un examen preliminar de la situación en Colombia que vale mencionar lleva abierto más de una década sin que se haya adelantado ningún proceso individual en la Haya<sup>755</sup>. Claramente, este mecanismo institucional tiene una doble función, por una

---

<sup>753</sup> Fiscalía CPI, “Informe sobre las actividades de examen preliminar 2018”. 5 de diciembre de 2018, p. 12. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Colombia.pdf> (último acceso: 17/09/2019).

<sup>754</sup> DUQUE, Corina. “El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Verba luris*, 2015, no 33, p. 93.

<sup>755</sup> Como destaca OLÁSULO, “los exámenes preliminares se han constituido en una herramienta básica para cumplir con el mandato preventivo de la CPI, mediante la potenciación del Estado de Derecho a nivel nacional y la dotación de los elementos necesarios para que las jurisdicciones nacionales puedan

parte, permite el seguimiento del funcionamiento de la JEP y, por otra, condiciona las decisiones que adopte el Estado en materia de justicia transicional.

En el SIDH podemos encontrar mecanismos formales de diálogo entre autoridades no judiciales entre otras, las *visitas in loco* y los *informes anuales y temáticos* de DDHH (Artículo 41 CADH) que adelanta la CIDH sobre el estado de la justicia transicional en Colombia. Estos mecanismos son fundamentales en la medida que aportan a la decisión sobre someter o no un caso a la Corte IDH. En todo caso, aquí interesa especialmente el *diálogo judicial vertical y horizontal*.

Sobre este último vale advertir la existencia de un proceso consolidado de *fertilización cruzada* entre la CPI, la Corte IDH y el TEDH<sup>756</sup>. Como ha señalado BUSTOS GISBERT en su esbozo de la teoría del diálogo judicial, la comunicación por medio de citas mutuas entre tribunales regionales de DDHH es importante ya que no es jurídicamente obligatoria, sino que refleja un consenso en la interpretación de normas comunes<sup>757</sup> y, por tanto, la cita de otros tribunales tiene como función respaldar la propia<sup>758</sup>. En este contexto no se puede dejar de lado la función del *diálogo judicial vertical* toda vez que constituye un proceso deliberativo entre tribunales que comparten funciones comunes, pero donde uno de ellos tiene la competencia de dictar una decisión final. El producto de este diálogo debería ser una síntesis que tienda a la compatibilidad de interpretaciones o al menos a la legitimación de la decisión final por vía del contraste de argumentos<sup>759</sup>.

---

llevar a cabo -de manera independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable- la persecución penal de los delitos de la competencia de la CPI". Vid. OLÁSULO, Héctor. "Los Exámenes Preliminares De La Corte Penal Internacional En América Latina: El Caso Colombiano Y Su Impacto Sobre Futuras Negociaciones De Paz En La Región", *Anuario de Derechos Humanos*, No. 10, 2014, p. 37.

<sup>756</sup> Vid. En general, ARENAS MEZA, Miguel. "El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos." *Araucaria*, No. 40, 2018, pp.577-604.

<sup>757</sup> Que en la terminología de BUSTOS GISBERT son "normas de conexión material" que reflejadas en un mismo texto, pero sometidas a la interpretación de dos o más autoridades, pueden tener significado y alcance distinto y, en ese sentido, son meta constituciones. Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, pp. 44-46.

<sup>758</sup> "Podríamos hablar de una comunicación «ad ostentationem» que pretende reforzar la propia construcción jurisprudencial mediante la cita erudita y abundante. Podríamos hablar de una comunicación «ad auctoritatis» en la que la cita a una fuente jurisdiccional de autoridad permite asumir decisiones difíciles de argumentar sólo con el propio ordenamiento jurídico". Ídem, p. 19.

<sup>759</sup> En palabras de MORESO: "Se trata de imaginar una conversación global y cosmopolita entre todos los altos tribunales de las democracias constitucionales y los tribunales internacionales a la búsqueda de una mejor comprensión de los presupuestos que nos unen y, también, de aquellos que nos hacen plurales y diversos. Todo ello con el objeto de converger en aquello que nos une y de divergir en aquello que, de un

Este diálogo judicial vertical puede manifestarse en la relación entre tribunales regionales de protección de DDHH y tribunales constitucionales por medio de dos doctrinas que descansan sobre premisas divergentes: el control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional. Mientras que el control de convencionalidad tiende naturalmente hacia la creación de un estándar común aplicable a todos los Estados sujetos a la CADH y el *corpus iuris interamericano*, el margen de apreciación nacional tiende a la deferencia y a captar mejor las diferencias existentes entre los Estados miembros de la comunidad jurídica.

Puesto de otro modo, el control de convencionalidad, por su propia estructura dogmática, dificulta la inclusión de excepciones a las reglas que formula mientras que el margen de apreciación nacional cuenta con elementos que facilitan la inclusión de excepciones. Por último, debe precisarse que no existe impedimento lógico alguno para que ambas doctrinas de creación judicial, con elementos definitorios bien delimitados<sup>760</sup>, convivan en el mismo sistema jurídico<sup>761</sup> como demuestran algunos casos, si bien puntuales y no relacionados a la materia de este estudio, en los que la Corte IDH ha aludido efectivamente al margen de apreciación<sup>762</sup>. Sobre esto último se volverá después de analizar muy brevemente la (des)regulación de la amnistía bajo el ECPI.

### **5.1.1. La Corte Penal Internacional, amnistías y procesos de paz**

El cénit del DPI se materializó con la entrada en vigencia del ECPI en julio del 2002, pues por medio de este tratado internacional se consolida un tribunal penal

---

modo legítimo, es propio de cada uno." Vid. MORESO, Josep Joan. "El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio." *Anuario de filosofía del derecho*, No. 34, 2018, pp. 73-93.

<sup>760</sup> Muy crítico con la falta de dogmática sobre los criterios que regulan la aplicación del MDAN, GARCÍA ROCA, Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración". *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007, pp.117-143. En este texto se tratará de delinear criterios de evaluación específicos para la justicia transicional para afrontar la objeción sobre la discrecionalidad de esta doctrina.

<sup>761</sup> El problema entre el control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional aplicados a la justicia transicional aparece bien reseñado en ACOSTA, Paola. "De la ductilidad y otras angustias: los retos de la justicia interamericana en materia de justicia transicional." *Foro Nueva época*, Vol. 17, No.1, 2014, pp. 295-308.

<sup>762</sup> Por ejemplo, se alude explícitamente al margen de apreciación nacional en: Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 57 y 58; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 161; Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párr. 166.

internacional<sup>763</sup> y un código penal internacional acompañado de reglas propias de procedimiento que permiten evitar las importantes críticas que se pueden formular en contra de experiencias anteriores como los juicios de Núremberg y Tokio pero también contra tribunales ad hoc instituidos ex post facto con autorización del Consejo de Seguridad de la ONU.

En ese sentido, la CPI cuenta con mayor legitimidad de origen, aunque como es lógico, la legitimidad como concepto no es una cuestión de todo o nada sino, más bien, graduable. Así, por ejemplo, aunque la legitimidad de la institución pueda apoyarse en el hecho de que depende de la libre ratificación del tratado por parte de los Estados que también pueden denunciarlo, también se podría argumentar que un poder penal internacional fundado en los DDHH no es completamente legítimo si las posibilidades de justicia dependen del consentimiento y no en la afirmación de una conciencia jurídica universal con autoridad para juzgar crímenes internacionales sin limitaciones contractualistas.

Aunque este debate es complejo y amplio, no se puede ignorar su relevancia para poder tratar adecuadamente la cuestión de la amnistía como excepción ante la CPI. Es conocido que el ECPI no contiene regulación alguna sobre la amnistía, precisamente, porque fue considerado como un tema espinoso durante la negociación del tratado y se pretendió dejar una ambigüedad al respecto<sup>764</sup>. Entre estas disposiciones contradictorias encontramos, por caso, que el preámbulo del ECPI afirma “que 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”. Una interpretación plausible es que la amnistía es una medida en el plano internacional contraria al objeto del tratado que es someter los crímenes internacionales a la justicia y, por tanto, debería ser considerada como axiológicamente incompatible con el mismo.

---

<sup>763</sup> Un tribunal penal internacional que “es “parte del proyecto de justicia de transición” y las partes de un conflicto pueden tomar en serio la “amenaza” de la CPI mucho antes de que las propias negociaciones comiencen, y algunos de los mayores responsables pueden incluso ser excluidos de estas negociaciones”. Vid. AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, p. 78.

<sup>764</sup> Ídem, p. 79.



Esta interpretación del preámbulo del ECPI podría verse reforzada si se añade que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y que existe una decisión de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. En contraposición, podemos encontrar otras disposiciones que, interpretadas de forma bastante amplia, permitirían una eventual amnistía. A manera de ejemplo, el artículo 16 del ECPI habilita a que el Consejo de Seguridad de la ONU, por medio de una resolución aprobada conforme el Capítulo VII de la Carta de la ONU, solicite a la CPI que no inicie investigaciones o que las suspenda –igualmente si el caso se encuentra en etapa de juzgamiento– por el plazo de doce meses, pudiendo el Consejo de Seguridad de la ONU renovar ilimitadamente sus pedidos bajo las mismas condiciones.

A nivel teórico, nada impide considerar que el Consejo de Seguridad tenga en consideración un proceso de paz en el que se haya dictado una amnistía sobre crímenes internacionales y que bajo criterio de oportunidad considere que aquella es preferible antes que la investigación y juzgamiento por parte del poder penal internacional. Habrá quien considere que aquello consiste en una actuación abusiva de este órgano, contraria al objeto y fin del tratado<sup>765</sup>, pero ninguna disposición del EPCI autoriza al tribunal a negarse a ejecutar, por cualquier motivo, la decisión de diferimiento del Consejo de Seguridad ONU<sup>766</sup>.

---

<sup>765</sup> Sobre el objeto y fin del ECPI existen posiciones divergentes. Si bien el preámbulo del tratado hace referencia a la paz y la seguridad globales (posición defendida por SEIBERT-FOHR), lo cierto es que el objetivo del ECPI es mucho más limitado: busca atribuir responsabilidad penal individual y por ese medio “prevenir la impunidad” (posición defendida por AMBOS). Este último menciona que a lo mucho: “la no persecución facilita el logro de la paz y de la seguridad, pero no las protege o consolida. De hecho, es difícil explicar que una institución creada para evitar la impunidad debería promoverla aceptando amnistías; esto iría, en efecto, contra el telos de la CPI”. Si bien no existe regulación en el EPCI que permita abogar decididamente en favor de la viabilidad de una amnistía, no se ve por qué la inclusión de aquella sería globalmente contraria a los fines del DPI, máxime si se hace analogía interna donde la amnistía y las leyes penales conviven en relación regla-excepción. Cfr. SEIBERT-FOHR, Anja. “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol. 7, No. 1, 2003, p.574. AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, p. 81.

<sup>766</sup> Aunque esto es debatido en la doctrina. Por ejemplo, STAHN ha dicho que la CPI bajo los principios de independencia judicial y de *Kompetenz-Kompetenz* podría negarse a cumplir un pedido de diferimiento del Consejo de Seguridad ONU. Ahora bien, esto no ha sucedido hasta el día de hoy y tampoco existe una disposición que faculte a la CPI a hacerlo, ni tampoco una disposición que establezca estándares jurídico-normativos para controlar si el Consejo de Seguridad ONU está abusando de la facultad prevista en el ECPI. Cfr. STAHN, Carsten. “Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court.” *Journal of International Criminal Justice*, Vol.3, No.3, 2005, p.701.

Aquí resulta importante la cuestión sobre la legitimidad pues vale recordar que el Consejo de Seguridad de la ONU está compuesto por una totalidad de quince miembros entre los que se distingue entre permanentes y no permanentes. Lo que sucede es que los Estados titulares de membresía permanente (China, Francia, Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América) tienen poder de veto, bajo el *principio de unidad de las potencias*, según el cual ninguna resolución puede ser aprobada si al menos una de las potencias se opone. El problema es que algunos de los Estados con poder de veto en el Consejo de Seguridad de la ONU no han ratificado el ECPI entre estos Estados Unidos de América, China y Rusia. De tal suerte, parece cuestionable el nivel de influencia de Estados que a pesar no haber ratificado el ECPI tienen capacidad de decisión determinante en las actuaciones de la CPI pudiendo remitir situaciones para investigaciones o bien suspendiendo aquellas o, aún más grave, el juzgamiento de casos.

En síntesis, la decisión sobre la suspensión de investigaciones o juzgamientos ante la CPI por cuestiones de oportunidad vinculadas a una amnistía nacional es tomada de forma contra mayoritaria por Estados sobre los que la CPI no tiene competencia y en los que resulta poco probable que se cometan crímenes internacionales. En ese sentido, se rompe el principio de que las decisiones que afectan a todos deben ser deliberadas y tomadas por todos los potencialmente afectados.

También se ha dicho que el poder penal internacional es selectivo y parcialmente ilegítimo pues parte de una suerte de constitución global –que teóricamente permite castigar a individuos nacionales de Estados que no han ratificado el ECPI si así lo solicita el Consejo de Seguridad ONU– para fundamentar la legitimidad del castigo, pero no se encuentra comprometido con la misma fuerza a la prevención general positiva del delito. Así, merece la pena recordar que hasta hace muy poco tiempo la CPI solo juzgaba individuos nacionales de países africanos<sup>767</sup>, pero poco o nada se hacía –ni se hace– para contribuir a evitar el cometimiento de esos delitos más allá del castigo individual, esto es, con la inversión económica en atacar las causas de origen de la violencia masiva como la extrema pobreza y la debilidad de las instituciones estatales.

---

<sup>767</sup> Una crítica en torno a la selectividad del poder penal internacional puede verse en SCHABAS, William. “The banality of international justice”. *Journal of International Criminal Justice*, 2013, vol. 11, No. 3, pp. 547 y ss.

Otra disposición que ha sido frecuentemente invocada para abogar por la admisibilidad de una amnistía como excepción a la competencia de la CPI es el artículo 53.2(c) del EPCI que autoriza al Fiscal de la CPI a no someter el caso ante la Corte (pudiendo la Sala de Cuestiones Preliminares revisar aquella decisión de oficio) siempre que se considere que:

El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

En esa línea, se ha argumentado que el Fiscal de la CPI bien podría considerar que el procesamiento de crímenes internacionales regulados por el ECPI no “redundaría en el interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias...”<sup>768</sup> entre las que podría estar el desarrollo de un proceso de paz a nivel nacional acompañado de una amnistía<sup>769</sup>. En todo caso, tratándose evidentemente de un concepto jurídico indeterminado lo aconsejable es revisar que alcance se le ha dado en las decisiones de la CPI. Cabe mencionar que el tribunal penal internacional se ha pronunciado muy pocas veces sobre la posibilidad de una amnistía bajo el ECPI, siendo el caso más relevante a la fecha el pronunciamiento relativo al Dr. Saif Al-Islam Gadafi, hijo del ex dictador libio Muamar Gadafi.

Saif Al-Islam Gadafi fue juzgado en ausencia y condenado por un tribunal libio a la pena de muerte. A pesar de aquello y dado que la orden judicial no se ha ejecutado porque el sentenciado permanece ilocalizable, la CPI ha decidido continuar con las investigaciones en sede internacional y ha denegado la excepción de incompetencia propuesta por su defensa basada en una amnistía adoptada en Libia.

---

<sup>768</sup> La Fiscalía de la CPI ha afirmado que no va a especular sobre escenarios abstractos en los que aplicaría la cláusula sobre el interés de la justicia. En todo caso, desde su perspectiva –y tomando en cuenta que la Fiscalía no es la CPI– ha mencionado que este concepto: es de aplicación excepcional, que existe una presunción vencible en favor del procesamiento penal antes que de la abstención y que el interés de la justicia no es equivalente al interés por la paz, pues el Fiscal está obligado por el ECPI mientras que ese objetivo más amplio correspondería a otras instituciones. Cfr. The Office of the Prosecutor. *Policy Paper on the Interests of Justice*, 2007, *passim*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIterestsOfJustice.pdf> (último acceso: 23/09/2019).

<sup>769</sup> SEIBERT-FOHR, Anja. "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions". *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol. 7, No. 1, 2003, pp. 587-590.

A Saif Al-Islam Gadafi se le acusa de asesinatos y persecuciones, entendidos como crímenes de lesa humanidad, especialmente en Trípoli, Bengasi y Misrata, cometidos entre el 15 de febrero de 2011 y el 28 de febrero de 2011. Se le acusa en calidad de autor indirecto de los hechos producidos en el marco de la revuelta en Libia que de acuerdo con el fiscal de la CPI ha causado miles de muertes además de la huída al extranjero de cerca de 650.000 libios y el desplazamiento interno de 243.000 personas, según la ONU. En su análisis, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI consideró que:

...existe una tendencia fuerte, creciente y universal de que las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, que pueden constituir crímenes contra la humanidad por su propia naturaleza, no están sujetas a amnistías o indultos en virtud del derecho internacional. Independientemente de las diferencias técnicas entre las amnistías y los indultos (los cuales pueden resultar en impunidad), la Cámara tratará la Ley Núm. 6 de 2015 según la definición del Gobierno libio y presentada por la Defensa, como una ley general de amnistía. Como anteriormente ha declarado, la Cámara aplicará e interpretará el Estatuto de manera consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este último, como se refleja en la jurisprudencia de los diferentes organismos de derechos humanos, respalda la posición de la Cámara a este respecto. Los tribunales penales internacionales también han revelado su posición con respecto a la prohibición de amnistías por crímenes internacionales<sup>770</sup>.

Luego de citar los precedentes de varios tribunales, entre ellos la Corte IDH, el TEDH, la Corte Especial para Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias de Camboya, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, así como del Comité de Derechos Humanos de la ONU y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, concluyó que:

...otorgar amnistías y perdones por actos graves, como asesinatos que constituyen crímenes de lesa humanidad, es incompatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Las amnistías y los indultos interfieren con las obligaciones positivas de los Estados de investigar, enjuiciar y castigar a los autores de delitos centrales. Además, niegan a las víctimas el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y a solicitar reparaciones cuando corresponda<sup>771</sup>.

A partir de esta decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI decidió rechazar la *excepción de amnistía* presentada por Saif Al-Islam Gadafi y concluyó que una amnistía no producía la excepción de cosa juzgada en los términos del ECPI (pues en los casos de pena de muerte y juzgamiento en ausencia es posible la revisión de la

---

<sup>770</sup> Cfr. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares. *Fiscal v. Saif Al-Islam Gaddafi: No. ICC-01/11-01/11*. "Decisión sobre la "Objeción de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gadafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma", 5 de abril de 2019, párr.61.

<sup>771</sup> Ídem, párrs. 62-77.

sentencia) centrándose en el análisis material de los crímenes objeto de la amnistía (general y en blanco) y descartando analizar la competencia de la autoridad local para dictar la amnistía así como su validez en el ordenamiento jurídico interno.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la CPI no se encuentra vinculada al derecho interno de un Estado para decidir sobre la admisibilidad de una situación<sup>772</sup>. En ese sentido, una ley de amnistía –sea general o condicionada– en ningún caso podrá surtir el efecto jurídico de excluir la competencia del tribunal penal internacional<sup>773</sup>. Por tanto, si bien el artículo 21.1(c) del ECPI indica que la Corte podrá considerar como derecho aplicable “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen” no debe dejarse de lado que ese derecho es aplicable de forma subsidiaria pues corresponde aplicar “en primer lugar”, conforme dispone el artículo 21.1(a) del ECPI el tratado, los elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba. Además, aunque fuere aplicable el derecho nacional aquel solo tendrá cabida “siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”<sup>774</sup>.

A este respecto, las disposiciones del ECPI que habilitan a que el Consejo de Seguridad de la ONU a suspender investigaciones o juzgamientos en la CPI –aunque fueren

---

<sup>772</sup> SEIBERT-FOHR, Anja. "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions". *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol. 7, No. 1, 2003, p. 586.

<sup>773</sup> No comparto el argumento de SEIBERT-FOHR consistente en que las Comisiones de la Verdad a nivel nacional podrían excluir la competencia de la CPI en forma excepcional, básicamente, porque estos procesos no tienen como objeto la atribución de responsabilidad penal sino la construcción de la verdad histórica y además porque no concluyen con una pena. En otros términos, no hay “proceso” ante un “tribunal” conforme exige el texto del ECPI. Cfr. Ídem, p. 586.

<sup>774</sup> En ese sentido, se ha dicho que: “los artículos 17 y 19 del Estatuto facultan a la Corte para determinar la jurisdicción y la admisibilidad de un caso. El principio de que la Corte es el árbitro final sobre la interpretación de la jurisdicción y la admisibilidad bajo el Estatuto se refleja en el Artículo 19 (1), que establece que la Corte “deberá asegurarse de que tiene jurisdicción en cualquier caso que se le presente”, antes de agregar que la Corte “puede, por su propia iniciativa, determinar la admisibilidad de un caso”. Este hallazgo implica que la Corte puede usar sus propios criterios y estándares autónomos para evaluar si una amnistía u otras formas alternativas de justicia son compatibles con el Estatuto, teniendo en cuenta el contexto particular del Estatuto, el tratado internacional y los principios generales del derecho derivado de los ordenamientos jurídicos nacionales (artículo 21). Por lo tanto, la Corte puede declarar amnistías o indultos nacionales o recurrir a mecanismos de verdad y reconciliación como irrelevantes para la toma de decisiones por parte de la CPI. Además, la Corte podría argumentar que los Estados Partes en el Estatuto acordaron estar sujetos a estándares más estrictos que los no Estados Partes al adherirse al sistema de rendición de cuentas del sistema de la CPI”. Cfr. STAHN, Carsten. "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court." *Journal of International Criminal Justice*, Vol.3, No.3, 2005, p.700.

prolongadas *ad infinitum*– no pueden considerarse *objetivamente* una autorización o reconocimiento de validez jurídica de las amnistías como excepción de la competencia del tribunal penal internacional, máxime cuando no responden a criterios de valoración jurídicos sino de *oportunidad política*. Sumado a lo anterior, tampoco puede entenderse que la disposición que autoriza al Fiscal de la CPI a no iniciar una investigación que no redunde en el interés de la justicia consista en una autorización o reconocimiento de validez de amnistías nacionales, máxime cuando el Fiscal puede reiniciar aquellas cuando lo considere adecuado o cuando surjan nuevos hechos o pruebas<sup>775</sup>. Ello priva de sentido al objeto primordial de la amnistía en estricto sentido que es impedir definitivamente la atribución de responsabilidad. Lo que sucedería en ese caso hipotético es la aplicación de una estrategia de prosecución que responde a limitaciones de hecho, pero no jurídicas.

La consecuencia lógica de lo dicho es que en los casos comentados opera simplemente un *principio de oportunidad* no reglado que vale insistir no equivale a la legitimación de una amnistía, de cualquier tipo, en el ámbito del DPI. Lo comentado hasta aquí no impide una reflexión final sobre el rol del poder penal internacional y su relación con los Estados parte así como con los procesos de paz, debiendo adelantar que parece más necesario que nunca un tratado internacional o, al menos, una reforma del ECPI que regule expresamente los acuerdos de paz en contextos de conflicto armado<sup>776</sup>.

El primer elemento de esta reflexión es comprender que la CPI es en la práctica un titán sin brazos pues se muestra como la máxima instancia de justicia penal basada en la conciencia jurídica universal, pero carece de medios para la ejecución forzosa de sus órdenes. Conviene traer a colación ese tercero ausente que reseña BOBBIO y es que en el derecho internacional no existe una fuerza armada democratizada y no despótica que permita el cumplimiento de las normas que lo integran aún en contra de la falta de voluntad de los Estados soberanos<sup>777</sup>. Para bien o para mal, el derecho internacional se fundamenta alrededor del contractualismo y de allí que el ECPI imponga a los Estados parte un deber de cooperación como confirman las disposiciones del preámbulo además

---

<sup>775</sup> Artículo 53.4 ECPI: “El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”.

<sup>776</sup> Se comparte la idea de YOUNG en el sentido de reformar el ECPI y regular expresamente las amnistías que pueden ser consideradas aceptables en medio de un proceso de paz. Vid. YOUNG, Gwen. "Amnesty and accountability". UC Davis L. Rev. No. 35, 2001, pp.470, 473-481.

<sup>777</sup> Vid. En general, BOBBIO, Norberto. *El tercero ausente*. Ediciones Cátedra, Milán, 1997.

de los artículos 54.2 (c, d); 57.3 (b, d, e); especialmente, la parte IX del EPCI sobre detención y entrega de personas así como las otras formas de cooperación con el tribunal penal internacional<sup>778</sup>. Y a falta de cooperación, por los motivos que sea, el poder penal internacional deviene en absolutamente ineficaz.

Vale recordar también que la CPI tiene competencia sobre los delitos que comentan los nacionales de cada Estado miembro del ECPI pero también sobre los crímenes que sujetos nacionales de Estados no miembros del ECPI hayan cometido en territorio de Estados que sí están bajo la competencia del tribunal penal internacional<sup>779</sup>. Este último sería el caso de Estados Unidos de América que a pesar de no haber ratificado el ECPI<sup>780</sup> sus ciudadanos quedarían vinculados a la jurisdicción de la CPI en caso de cometer crímenes internacionales en territorio extranjero, por ejemplo, Afganistán. Como es de público conocimiento, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI denegó –por unanimidad– a la Fiscalía la posibilidad de siquiera investigar la posible comisión de crímenes de competencia de la Corte cometidos por las Fuerzas Armadas y la Central de Inteligencia Americana de EE.UU. en territorio afgano desde el 2003. Las conductas que motivaron la intención de investigar fueron supuestos actos de tortura contra supuestos miembros de Al Qaeda y los talibanes, violación y otros abusos sexuales, ataques teledirigidos a objetivos no militares y civiles, entre otros, que constituirían tanto crímenes de lesa humanidad como de guerra cometidos en base a un plan de Estado.

Sin perjuicio de lo comentado, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló:

...lo que está en juego es mucho más que la credibilidad del tribunal; es su propia función y legitimidad. Investigaciones frívolas, sin fundamentos o de otro modo previsiblemente sin conclusión infringirían innecesariamente derechos individuales sin servir ni a los intereses de la justicia ni a ninguno de los intereses universales valores subyacentes al Estatuto, como se explica en el Preámbulo del Estatuto: finalización

---

<sup>778</sup> Al respecto, véase el iluminador ensayo de MALARINO, Ezequiel. “Análisis comparativo. La adecuación del derecho interno al estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación y asistencia judicial. La experiencia latinoamericana, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo-Uruguay, 2007, pp. 579-644.

<sup>779</sup> Vid. Artículos 12 y 13 del ECPI. Además, Cuando una situación es remitida por el Consejo de Seguridad de la ONU, la CPI tendrá jurisdicción sin importar si el Estado en cuestión es o no parte del ECPI.

<sup>780</sup> Para una revisión de los argumentos de EE.UU para oponerse a la ratificación del ECPI y una excelente respuesta a aquellos, vid. SCHABAS, William. "United States Hostility to the International Criminal Court: It's all about the security council." *European Journal of International Law*, Vol.15, No.4, 2004, pp. 701-720.

impunidad y prevención de atrocidades masivas con miras a lograr la paz, la seguridad y el bienestar de las personas<sup>781</sup>.

En ese sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI indicó que:

La solicitud tiene un alcance muy amplio y abarca un gran número de supuestos incidentes ocurridos durante un largo período de tiempo. El fiscal enfatiza que el examen preliminar sobre Afganistán se abrió en 2006 y desde entonces ha sido obstaculizado por una serie de limitaciones y desafíos severos, resultado principalmente de la falta de cooperación de varias autoridades. A este respecto, la Cámara subraya que hasta el momento de una solicitud en virtud del artículo 15, es la responsabilidad exclusiva de la fiscalía de evaluar la posible viabilidad de una investigación y su actitud potencial para conducir realmente a la investigación y el enjuiciamiento de casos, considerando y equilibrando las expectativas realistas de cooperación por parte del autoridades nacionales más relevantes en la recopilación de pruebas y en la rendición de posibles sospechosos, por un lado, y los intereses concretos de la justicia y el interés de las víctimas, por el otro<sup>782</sup>.

Finalmente, concluyó que:

...a pesar de que se cumplen todos los requisitos pertinentes en materia de jurisdicción y admisibilidad las circunstancias actuales de la situación en Afganistán son tales que las perspectivas de una investigación y enjuiciamiento exitosos son extremadamente limitadas. En consecuencia, es poco probable que llevar a cabo una investigación resulte en el cumplimiento de los objetivos enumerados por las víctimas que favorecen la investigación...<sup>783</sup>

La reflexión final que se sigue tras mencionar los pormenores de este caso son claras. La CPI es un titán sin brazos para ejecutar su misión, dependiente en extremo de la buena fe y la cooperación de los Estados involucrados en las investigaciones. Basta recordar aquí que la sola posibilidad de investigar actos de tropas estadounidenses en Afganistán le valió la revocatoria del visado americano a la Fiscal General de la CPI<sup>784</sup> así como una serie de advertencias diplomáticas y públicas<sup>785</sup>. En esta decisión, la Sala

---

<sup>781</sup> CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República Islámica de Afganistán. “*Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una Investigación sobre la situación en la República Islámica de Afganistán*”, caso No. ICC-02/17, del 12 de abril de 2019, párr. 34.

<sup>782</sup> Ídem, párr. 44.

<sup>783</sup> Ídem, párr. 96.

<sup>784</sup> “Podemos confirmar que las autoridades estadounidenses han revocado el visado de la fiscal jefe para su entrada en Estados Unidos”, ha informado este jueves la oficina de Bensouda en un correo electrónico enviado a la agencia de noticias Reuters. El secretario de Estado norteamericano, Mike Pompeo, anunció el 15 de marzo que la Casa Blanca restringiría la emisión de visados a los funcionarios de la CPI, responsables de investigaciones sobre militares estadounidenses, en especial, en la guerra de Afganistán”. Vid. Hispan TV. “*EEUU sanciona a fiscal de CPI por investigar guerra de Afganistán*”. Disponible en: <http://htv.mx/lyfU> (último acceso: 23/09/2019).

<sup>785</sup> “Estados Unidos amenazó ayer lunes con arrestar y procesar a jueces de la Corte Penal Internacional (CPI) si el tribunal decide juzgar por crímenes de guerra a estadounidenses que lucharon en Afganistán. “Vamos a impedir a esos jueces y fiscales la entrada a Estados Unidos. Vamos a aplicar sanciones contra sus bienes en el sistema financiero estadounidense y vamos a entablar querellas contra ellos en nuestro



de Cuestiones preliminares tuvo en consideración no solo la falta de cooperación de los Estados involucrados sino factores como la falta de recursos económicos, la diversidad de crímenes, el paso del tiempo, la falta de recursos humanos, la dificultad para la obtención de material probatorio, entre otros. Si bien es cierto que estos posibles crímenes sean investigados a futuro en la medida de que son imprescriptibles conforme el artículo 29 del ECPI aquello parece muy poco probable.

Con un poder penal de estas características, resulta apenas lógico que aquellos Estados miembros del ECPI que demuestren un compromiso serio con el procesamiento local de los crímenes internacionales a nivel local sean respaldados en el decurso de los procesos de paz que inicien. Una disonancia extrema entre las necesidades locales y el ímpetu de justicia penal podría minar la legitimidad de ejercicio de la CPI por falta de cooperación.

Como resultado de lo dicho hasta aquí y teniendo en cuenta que ningún Estado se encuentra vinculado por una ley de amnistía dictado por otro en materia de crímenes internacionales<sup>786</sup>, afirmación que se refuerza por la existencia de la jurisdicción universal sobre estas conductas, cualquier proceso de paz con miras de legitimidad jurídica internacional debe procurar la exclusión de la competencia de la CPI así como la exclusión de la jurisdicción universal bajo la aplicación del principio *ne bis in ídem*.

Para lograr la exclusión de la competencia de la CPI el artículo 17 del ECPI (cuestiones de admisibilidad) establece tres causales para declarar un asunto como inadmisibile, estas son: a) que el asunto esté siendo sometido a la investigación o enjuiciamiento de un Estado que tenga jurisdicción sobre aquel; b) que el asunto haya sido investigado por un Estado con jurisdicción sobre aquel y que haya decidido no incoar acción penal contra el investigado; o c) cuando un Estado ya haya enjuiciado la conducta objeto de la denuncia siempre que el proceso adelantado por el otro tribunal no haya sido instruido con el objeto de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o si no hubiere sido

---

sistema judicial", advirtió el consejero de Seguridad Nacional de Estados Unidos, John Bolton. "Haremos lo mismo con cualquier compañía o estado que ayude a una investigación de la CPI en contra de los estadounidenses", dijo ante la Federalist Society, una organización conservadora en Washington". Cfr. Diario El País. "Estados Unidos amenaza a jueces de la Corte Penal Internacional". Disponible en línea: <https://www.elpais.com.uy/mundo/estados-unidos-amenaza-jueces-corte-penal-internacional.html> (último acceso: 23/09/2019).

<sup>786</sup> TRUMBULL IV, Charles P. "Giving Amnesties a Second Chance. *Berkeley J. Int'l Law*, 2007, vol. 25, pp. 285-286.

instruido de forma independiente, imparcial y con respeto de las garantías procesales reconocidas en el derecho internacional<sup>787</sup>.

En todos los casos, para excluir la competencia de la CPI se debe acreditar que el Estado está dispuesto a juzgar los crímenes internacionales puesto que si se demuestra que no existe tal intención (procesos penales fraudulentos o aparentes) o que el sistema de justicia nacional no está en capacidad de asumir aquella tarea (principio de complementariedad), la CPI se declarará competente para investigar y juzgar el asunto de referencia. Como se expuso a lo largo del capítulo IV el sistema JEP aparece *a priori* como idóneo para excluir la competencia de la CPI por la propia estructura judicial del sistema, por la investigación y juzgamiento simétrico de los crímenes y porque la amnistía y renuncia de la acción penal de la forma en la que está configurada no violentan norma alguna del derecho internacional<sup>788</sup>.

### **5.1.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la amnistía**

A diferencia de lo que se puede afirmar en relación al sistema interamericano, el desarrollo de la cuestión de amnistías para graves violaciones de DDHH ha sido tratada escasa y tibiamente por el sistema europeo. De hecho, la mayoría de la literatura se mantiene pacíficamente en que la posición del TEDH en relación a las amnistías no se encuentra del todo clara y debe ser aún definida. Sin embargo, vale la pena empezar mencionando que, a nivel normativo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa se encuentra comprometido con la lucha contra la impunidad como demuestra la adopción de un conjunto de directrices en 2011. Estas directrices incluyen el deber estatal de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones de DDHH, lo que *a priori* también sitúa al sistema europeo en una posición radicalmente contraria a la adopción de medidas que de facto o de iure produzcan impunidad<sup>789</sup>.

---

<sup>787</sup> Sobre este tema véase el magnífico trabajo de AMBOS, Kai. “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 82-100.

<sup>788</sup> Una defensa del sistema colombiano puede consultarse en MACULAN, Elena. “El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”. *Cuadernos de estrategia*, 2017, no 189, pp. 91-124.

<sup>789</sup> En ese sentido: “Los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones en virtud de la Convención para adoptar disposiciones de derecho penal para castigar efectivamente graves violaciones de los derechos humanos a través de sanciones adecuadas. Estas disposiciones deben ser aplicadas por las autoridades ejecutivas y judiciales apropiadas de manera

La primera vez en la que un órgano del sistema europeo se pronunció sobre una ley de amnistía fue en el caso *Dujardin y otros v. Francia (1991)*. En aquella ocasión, la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>790</sup> debió analizar una petición en la que los demandantes alegaban la violación del artículo 2 del CEDH (derecho a la vida) en la medida que la amnistía concedida por Francia en el proceso de descolonización de la Nueva Caledonia había dejado sin efecto procesos judiciales iniciados con motivo de “asesinatos” contra gendarmes franceses en el contexto de aquellos hechos<sup>791</sup>.

En su decisión, la Comisión EDH declaró que la petición era inadmisibile y concluyó que no se violentaba el artículo 2 del CEDH porque la amnistía representaba una ponderación entre el derecho a la vida y los legítimos intereses del Estado; y, que el artículo 6 del CEDH no puede ser interpretado en el sentido de que el acceso a la justicia implique un derecho a que se inicie un proceso penal en contra de un tercero<sup>792</sup>.

En palabras de la Comisión EDH:

La Comisión observa a este respecto que la legislación francesa indudablemente asegura la protección de la vida en la medida en que el delito de asesinato es un delito punible en Derecho penal francés. Es cierto que, como con cualquier delito, el asesinato puede estar cubierto por una amnistía que en sí misma no contraviene la Convención a menos que pueda verse como parte de una práctica general dirigida a la sistemática prevención del enjuiciamiento de los autores de tales crímenes<sup>793</sup>.

Continuando en la misma línea la Comisión EDH agregó que:

---

coherente y no discriminatoria”. Cfr. Consejo de Europa, *La erradicación de la impunidad para graves violaciones de los derechos humanos. Directrices y textos de referencia*. 30 de marzo de 2011, adoptadas en la reunión No. 1100 del Comité de Ministros, p. 8.

<sup>790</sup> Desde 1954 hasta la entrada en vigencia del Protocolo 11 del CEDH, los individuos no tenían acceso directo al TEDH, sino que debían acudir a la Comisión, que decidía si el caso ameritaba ser sometido a la jurisdicción del tribunal. El Protocolo 11 al CEDH, con entrada en vigor el 31 de octubre de 1998, disolvió la Comisión, permitiendo el acceso directo de los peticionarios ante el tribunal. En todo caso, de acuerdo al propio Protocolo 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles hasta antes de la entrada en vigencia del protocolo en mención.

<sup>791</sup> Según reza la decisión de la Comisión: “El 22 de abril de 1988, la brigada de gendarmería de Fayaoué en la isla de Ouvéa en Nueva Caledonia fue atacada por un grupo de unos cincuenta asaltantes que masacraron a cuatro gendarmes desarmados, a saber, Edmond Dujardin, Daniel Leroy, Georges Moulie y Jean Zawadski. Se usaron cuchillos para acabar con dos de estos hombres que habían sido heridos. Se iniciaron procesos penales contra los presuntos autores de estos crímenes”. Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso Dujardin v. Francia*. Decisión de admisibilidad de 2 de septiembre de 1991, p. 241.

<sup>792</sup> Ídem, p. 240.

<sup>793</sup> Ídem, p. 243.

La Comisión considera a este respecto que la ley de amnistía, que es de carácter completamente excepcional, fue adoptada en el contexto de un proceso diseñado para resolver conflictos entre las comunidades de las islas...<sup>794</sup>

No corresponde a la Comisión evaluar la conveniencia de las medidas adoptadas por Francia con ese fin. El Estado tiene justificación para adoptar, en el contexto de su política criminal, cualquier ley de amnistía que considere necesaria, con la condición, sin embargo, de que se mantenga un equilibrio entre los intereses legítimos del Estado y los intereses de miembros individuales del público a tener la vida protegida por la ley. En el presente caso, la Comisión considera que se mantuvo ese equilibrio y que, por lo tanto, no ha habido incumplimiento de la disposición mencionada anteriormente<sup>795</sup>.

Como ha resaltado Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, la decisión citada puede ser criticada por insuficientemente motivada toda vez que la Comisión EDH no ofreció mayores argumentos para justificar que situaciones volvieran permisible una amnistía ni tampoco procedió a explicar porque los derechos de las víctimas del caso habían sido correctamente ponderados por el Estado. Igualmente, el autor de referencia comenta que esta postura sería contraria a la interpretación que otros órganos ya tenían a la época<sup>796</sup>, por ejemplo, la CIDH y también el Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>797</sup>.

La segunda decisión relevante en el ámbito europeo sobre el deber de investigar, procesar y, de ser el caso, sancionar graves violaciones de DDHH fue la sentencia dictada por el TEDH en el caso *McCann y otros v. Reino Unido (1995)*. En efecto, cuatro años después de la decisión de la Comisión EDH en *Dujardin y otros v. Francia (1991)*, el tribunal determinó que existía “una obligación procesal” por la cual:

Una prohibición general de la ejecución extrajudicial por parte de los agentes del Estado sería inefectiva, en la práctica, si no existiere un procedimiento para revisar la legalidad del uso letal de la fuerza por parte de las autoridades estatales. La obligación de proteger el derecho a la vida de conformidad a esta disposición (art.2), leída en conjunto con el deber general del Estado bajo el artículo 1 de la convención de “asegurar a cualquiera bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la convención”, requiere por implicación que exista alguna forma de investigación oficial efectiva

---

<sup>794</sup> Ídem, p. 244.

<sup>795</sup> Ídem.

<sup>796</sup> Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló en 1997 sobre la decisión de referencia que: “...las leyes de amnistía de noviembre de 1988 y enero de 1990 para Nueva Caledonia son incompatibles con la obligación de Francia de investigar las presuntas violaciones de los derechos humanos”. Cfr. Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR) para la supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia*. 04/08/97. CCPR/C/79/Add.80, párr. 13.

<sup>797</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. "Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Margus contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 19, No.52, 2015, pp. 920-923.

cuando individuos han sido asesinados como resultado del uso de la fuerza por, entre otros, agentes del Estado<sup>798</sup>.

Posteriormente, el TEDH fue afinando este argumento y en la sentencia del caso *Aksoy v. Turquía* (1996) indicó que, dada la importancia fundamental de la prohibición de la tortura y la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas, los Estados tienen la obligación de llevar a cabo una investigación completa y efectiva de los hechos relacionados a la tortura. Además, consideró que la noción de remedio efectivo implica para el individuo, además de recibir una compensación, el deber de que el Estado inicie una investigación que sea capaz de identificar y sancionar a los responsables, lo que implica conceder al denunciante un acceso efectivo a la investigación en cuestión<sup>799</sup>. Esta formulación del TEDH es el equivalente de la obligación de investigar, procesar y sancionar formulada por la Corte IDH.

Ahora bien, el primer pronunciamiento explícito del TEDH sobre amnistías se produjo en el marco del caso *Abdulsamet Yaman v. Turquía* (2004), en cuya sentencia indicó:

...cuando un agente del Estado ha sido acusado de delitos relacionados con la tortura o los malos tratos, es de suma importancia a los efectos de un "recurso efectivo" que los procedimientos penales y las sentencias no prescriban y que la concesión de una amnistía o perdón no debe ser permisible<sup>800</sup>.

La formulación del TEDH no es del todo clara en la medida que parecería ser, por la estructura y conjugación presente en la afirmación, un consejo o una sugerencia más no una prohibición absoluta<sup>801</sup>. Ello resulta llamativo toda vez que, por ejemplo, la Corte IDH en la sentencia hito *Barrios Altos v. Perú* (2001) adoptó una postura más radical en materia de amnistías aplicadas a graves violaciones de DDHH. De la misma forma, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también habría afirmado la

---

<sup>798</sup> TEDH. Caso *McCann y otros v. Reino Unido*. Aplicación No. 18984/91. Sentencia del 27 de septiembre de 1995, párr. 161.

<sup>799</sup> TEDH. Caso *Aksoy v. Turquía*. Aplicación No. 21987/93. Sentencia del 18 de diciembre de 1996, párr.98.

<sup>800</sup> TEDH. Caso *Abdulsamet Yaman v. Turquía*. Aplicación No. 32446/96. Sentencia del 2 de noviembre de 2004, párr. 55.

<sup>801</sup> La dificultad lingüística aparece de la disyuntiva en la traducción “no deberían” o bien “no deben”. En la formulación original del texto en inglés: “The Court has also held that in cases concerning torture or ill-treatment inflicted by State agents, criminal proceedings ought not to be discontinued on account of a limitation period, and also that amnesties and pardons should not be tolerated in such cases”. Cfr. TEDH. Caso *Mocanu y otros v. Rumania*. Aplicaciones No. 10865/09, 45886/07 y 32431/08. Sentencia de 17 de septiembre de 2014, párr. 326.

existencia de una prohibición absoluta de la amnistía por lesionar el derecho de la víctima a un remedio efectivo<sup>802</sup>.

En otros casos, el TEDH ha realizado formulaciones que contribuyen a dudar de una prohibición absoluta de las amnistías en casos relativos a graves violaciones de DDHH. Así, a manera de ejemplo, en el caso *Ould Dah v. Francia* (2009), el tribunal parece no rechazar amnistías condicionadas en el marco de procesos de justicia transicional. De acuerdo al texto de la sentencia:

Es cierto que la posibilidad de un conflicto que surge entre, por un lado, la necesidad de enjuiciar a criminales y, por el por otro, la determinación de un país de promover la reconciliación en la sociedad no puede, en general, descartarse. En cualquier caso, no hay proceso de reconciliación de este tipo se ha implementado en Mauritania. Sin embargo, como el tribunal ya ha observado, la prohibición de la tortura ocupa un lugar destacado en todos los instrumentos internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas. La obligación de enjuiciar a los delincuentes no debe, por lo tanto, verse afectada por la impunidad del perpetrador en forma de una ley de amnistía que puede considerarse contraria al derecho internacional<sup>803</sup>.

En el mismo sentido, el TEDH afirmó en el caso *Marguš v. Croacia* (2014) que:

Incluso si fuera a ser aceptado que las amnistías son posibles donde hay algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas, la amnistía otorgada al solicitante en el presente caso no es aceptable ya que no hay nada que indique que existieron tales circunstancias<sup>804</sup>.

Acompañado a la decisión de la Gran Sala en este asunto, cabe mencionar un voto particular suscrito por tres jueces del TEDH (Šikuta, Wojtyczek y Vehabovic) en el que reseñaron que si bien existe una importante tendencia a eliminar las amnistías para casos de graves violaciones de DDHH, aún no existe una prohibición como tal en el derecho internacional. En ese sentido, destacaron que si bien los Estados han visto reducido su margen de maniobra en estas situaciones no se puede afirmar, a manera de una regla absoluta, que las amnistías se encuentren prohibidas si aquellas sirven como un instrumento político para la terminación del conflicto armado o la transición a la

---

<sup>802</sup> “La Comisión Africana también ha declarado que las leyes de amnistía son incompatibles con las obligaciones de derechos humanos de un Estado”. Vid. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Caso Foro de Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de Zimbabwe v. Zimbabwe*. Comunicación No. No. 245/2002. Decisión del 11-25 de mayo de 2006. Período de sesiones ordinario No. 39, párrs. 200-215.

<sup>803</sup> TEDH. Caso *Ould Dah v. Francia*. Aplicación No. 13113/03. Sentencia del 17 de marzo de 2009, p. 17.

<sup>804</sup> TEDH. Caso *Marguš v. Croacia*. Aplicación No. 4455/10. Sentencia del 27 de mayo de 2014, párr. 139.

democracia. De hecho, se afirma que una prohibición absoluta podría implicar la mayor desprotección de los derechos fundamentales. En síntesis, los Estados aún tendrían algún margen de maniobra cuando estas circunstancias operen<sup>805</sup>.

A manera de resumen en lo que respecta al sistema europeo, puede afirmarse que en líneas generales se siguen los mismos estándares que en el sistema interamericano toda vez que se ha reconocido que el Estado tiene una obligación de investigar, procesar y sancionar graves violaciones de DDHH y que la víctima debe tener un acceso efectivo a esa investigación. Sin embargo, y con ánimo de dibujar un matiz, no se ha afirmado que la víctima tenga un derecho fundamental al castigo del autor.

De hecho, esta posibilidad fue expresamente rechazada en el caso *Dujardin y otros v. Francia (1991)*. En relación al deber de investigar, procesar y sancionar, el sistema europeo ha sostenido igualmente que se trata de una obligación procesal autónoma y que, por tanto, en ciertos casos persiste más allá de la fecha en la que ocurrió la lesión del derecho fundamental. Empero, aquello no significa que el TEDH considere como admisibles peticiones sobre hechos previos a la ratificación del tratado por parte del

---

<sup>805</sup> “No hay duda de que el derecho internacional está evolucionando rápidamente e impone regulaciones cada vez más estrictas sobre la libertad de los Estados con respecto a las amnistías. Los Estados tienen considerablemente menos libertad de maniobra hoy en día [...] que en 2006 y, a fortiori, 1996. Al mismo tiempo, afirmar que el derecho internacional en 2014 prohíbe completamente las amnistías en casos de violaciones graves de los derechos humanos no refleja el estado actual de ley internacional. [...] Compartimos plenamente la preocupación de la mayoría para garantizar el más alto nivel posible de protección de los derechos humanos, y estamos de acuerdo en que las violaciones de los derechos humanos no deben quedar impunes. Somos igualmente conscientes de los efectos potencialmente perversos de las leyes de amnistía que se aprueban para garantizar la impunidad a los autores de tales violaciones. Sin embargo, también notamos que la historia mundial nos enseña la necesidad de observar la mayor precaución y humildad en esta esfera. Diferentes países han ideado enfoques muy diversos que les permiten dejar atrás graves violaciones de los derechos humanos y restaurar la democracia y el estado de derecho. La adopción de normas internacionales que imponen una prohibición general de las amnistías en casos de violaciones graves de los derechos humanos puede, en algunas circunstancias, reducir la eficacia de la protección de los derechos humanos. Los terceros intervinientes presentaron argumentos sólidos contra el reconocimiento de la existencia de una norma de derecho internacional que prohíbe completamente las amnistías en casos de violaciones de los derechos humanos. Debemos reconocer que en ciertas circunstancias puede haber argumentos prácticos a favor de una amnistía que abarque algunas violaciones graves de los derechos humanos. No podemos descartar la posibilidad de que tal amnistía en algunos casos sirva como una herramienta que permita que un conflicto armado o un régimen político que viole los derechos humanos llegue a su fin más rápidamente, evitando así más violaciones en el futuro. En cualquier caso, tal como lo vemos, la preocupación por garantizar una protección efectiva de los derechos humanos apunta a favor de permitir a los Estados un cierto margen de maniobra en esta esfera, a fin de permitir que las diferentes partes en conflictos encuentren las soluciones más adecuadas”. Cfr. Voto particular concurrente de los jueces Šikuta, Wojtyczek y Vehabovic, párrs. 8 y 9.

Estado como sucede con las desapariciones forzadas o las confiscaciones a la propiedad privada previas a la ratificación del CEDH<sup>806</sup>.

En general, el TEDH tiende a una limitación de reclamos basados en incompetencia *ratione temporis* (*Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz v. España (2012)*). Ahora, en el ámbito de las amnistías aplicadas a casos de graves violaciones de DDHH, el TEDH nunca las ha avalado expresamente<sup>807</sup>, aunque como se ha visto, tampoco eliminan completamente la hipótesis e inclusive existen votos particulares que hablan del potencial uso de la doctrina del margen de apreciación nacional<sup>808</sup>.

## 5.2. ¿Control de convencionalidad o MDAN en América latina?

Quizá la discusión teórica más importante sobre el control judicial de las leyes gira en torno a la legitimidad misma de la institución cuestionada a la lupa de la democracia<sup>809</sup>. Como resulta sobradamente conocido, hay quienes argumentan que los derechos fundamentales constituyen una carta de triunfo frente a las decisiones de la mayoría y, en esa lógica, el control judicial de las leyes se encuentra justificado como un mecanismo de la protección de las minorías que no alcanzan espacios de representación política suficiente para participar en igualdad de oportunidades en el proceso democrático. Otros justifican el control de constitucionalidad en la idea de que el razonamiento legislativo es limitado, parcializado y obediente a criterios de oportunidad política mientras que el razonamiento de los jueces es de una calidad deliberativa superior<sup>810</sup>.

Contra estas posturas, Jeremy WALDRON, entre otros, ha contrargumentado que el control judicial de las leyes vulnera principios democráticos y que pretende resolver

---

<sup>806</sup> Ha tratado ampliamente este tema, CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. "La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (Art. 2. Derecho a la vida). Teoría y práctica: de De Becker c. Bélgica a Canales Bermejo c. España". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, no 1, 2014, pp. 125-158.

<sup>807</sup> Una defensa de la posibilidad de las amnistías en el sistema europeo bajo la doctrina del margen de apreciación y una explicación de porqué las obligaciones negativas no pueden crear obligaciones positivas de carácter absoluto (deber de prosecución) puede consultarse en JACKSON, Miles. "Amnesties in Strasbourg". *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, Vol. 38, No. 3, pp. 451-474.

<sup>808</sup> BREMS, Eva. "Transitional justice in the case law of the European Court of Human Rights". *International Journal of Transitional Justice*, Vo.5, No.2, 2011, pp.291-292.

<sup>809</sup> La tensión queda magistralmente expuesta en la obra de FERRERES, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>810</sup> Porque los jueces solamente utilizan argumentos e interpretaciones defendibles en el "foro de la razón pública". Vid. MORESO, Josep Joan. "El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio." *Anuario de filosofía del derecho*, No. 34, 2018, *passim*.



disputas propias del campo de la moral –ya que toda discusión sería sobre los derechos fundamentales conlleva una decisión subyacente en términos morales, pues los derechos no están preconcebidos, sino que son objeto de una construcción dialógica permanente en una sociedad determinada. En esa línea se recrimina que la discusión moral sobre el alcance de los derechos sea resuelta por un grupo minúsculo y elitista de personas (los jueces) por medio de la regla de mayoría, que se refleja en sus votos en uno u otro sentido en sus sentencias, en lugar de confiar este debate y decisión a todas las personas en el marco del juego democrático<sup>811</sup>. En medio de estos dos polos opuestos, es decir, entre un constitucionalismo fuerte y la soberanía parlamentaria podemos encontrar posturas intermedias que permiten espacios de deferencia judicial al legislador como recuerda la doctrina de la *political question*<sup>812</sup>, la doctrina que reconoce un amplio margen de actuación para el legislador o aquella que establece el principio de que en caso de duda se favorecerá la constitucionalidad de la ley<sup>813</sup>.

Claramente, esta discusión propia del derecho constitucional puede trasladarse sin mayor dificultad al derecho internacional de los DDHH en la medida de que se puede oponer similares cuestionamientos a la legitimidad de tribunales internacionales al momento de evaluar la legislación interna de los Estados<sup>814</sup>. En la esfera internacional esta cuestión se agrava porque en virtud del principio de subsidiariedad aquella legislación ya ha sido examinada por un alto tribunal estatal –sea constitucional o supremo–y por tanto surge una controversia sobre la interpretación correcta de los derechos fundamentales<sup>815</sup>. El ámbito de la justicia transicional parece un ámbito propicio para plantear la cuestión sobre qué tribunal merece la última palabra dado que

---

<sup>811</sup> Es la tesis que se defiende en WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, MARTÍ, José Luis y QUIROGA, Águeda (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2005, p.254.

<sup>812</sup> El tema ha sido analizado por LANDA, César. “Justicia constitucional y political questions”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, no 4, 2000, pp. 173-204.

<sup>813</sup> DE LORA, Pablo. “La Presunción de Constitucionalidad de las Leyes: Una Visita a la Regla Thayer”, en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F, 2002, vol. 409, pp. 409-442.

<sup>814</sup> VON STADEN, Andreas. “The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: Normative subsidiarity and judicial standards of review”. *International journal of constitutional law*, Vol. 10, No.4, 2012, pp. 1023-1049.

<sup>815</sup> El problema se contextualiza claramente en BAYÓN, Juan Carlos. “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *Anuario de filosofía del derecho*, 2013, no 29, p.70.

se discute el alcance de derechos fundamentales en una situación excepcional (que los tribunales internacionales han denominado verdad, justicia y reparación)<sup>816</sup>.

Esta importante discusión teórica se concreta en la práctica en las doctrinas del control de convencionalidad –propio del sistema interamericano de DDHH– y la doctrina del margen de apreciación nacional –propia del sistema europeo de DDHH–. Ambas parten de la premisa de que el tribunal regional es efectivamente el intérprete último del tratado respectivo, sin embargo, el control de convencionalidad sienta un estándar común aplicable a todos los Estados miembros del sistema<sup>817</sup> mientras que el margen de apreciación reconoce a cada Estado, dentro de una materia específica, cierta deferencia para que cada uno regule la cuestión cuando el tribunal concluye que el tratado no impone una regulación específica sobre la materia además de otros requisitos que se explicarán más adelante. En definitiva, merece analizarse si –y bajo qué presupuestos– un Estado que ha iniciado un proceso de justicia transicional merece deferencia por parte de un tribunal regional, como el TEDH o la Corte IDH– o internacional como la CPI.

En este texto se defiende la necesidad de un control judicial supranacional de las medidas estatales en materia de justicia transicional, sean estas de carácter constitucional, legal o infra legal, pero se aboga por que la intensidad de ese control de validez de las normas jurídicas locales se realice con diferente intensidad según el caso. La justificación del control de las medidas estatales se fundamenta en que los Estados latinoamericanos si bien ya no son dictaduras, como las que gobernaron en las décadas de los setentas y ochentas, distan por mucho de ser las sociedades ideales en las que piensan autores como WALDRON para atacar el control judicial de las leyes<sup>818</sup>.

---

<sup>816</sup> Pocos trabajos abordan la cuestión, uno de ellos es GONZÁLEZ, Olger. "Acerca del "control de convencionalidad" por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional". *Revista IIDH*, No.25, 2012, pp. 215-271.

<sup>817</sup> La Corte IDH ha señalado que: "...en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas...están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer...un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana". Vid. Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

<sup>818</sup> WALDRON, Jeremy, "The core case against judicial review", *Yale Law Journal*, Vol.115, No.6, 2006, pp. 1401-1402.

Pero incluso aunque esto no fuere así y se trataran de sociedades ideales en los términos waldronianos, persistirían los motivos para afirmar la necesidad del control judicial supranacional de las leyes puesto que aquel puede complementar la función del legislador brindando una ventaja epistémica teniendo en cuenta: I. que los límites de racionalidad del legislador pueden impedir que aprecie que una medida que desde el punto de vista abstracto parece constitucional puede ser aplicada o puede producir efectos contrarios a los valores jurídicos fundamentales del sistema; II. Nuevamente, los límites de racionalidad del legislador pueden impedir que se aprecie el impacto de una medida en los distintos grupos que conviven en la sociedad; y, III. Tomando en consideración que el legislador nacional puede adoptar medidas que persigan un fin legítimo pero que omitan otros objetivos también fundamentales para el sistema. En palabras de ROA, aún en sociedades plenamente funcionales, el control judicial estaría justificado en la corrección de puntos ciegos<sup>819</sup>.

De tal suerte, el control de convencionalidad (control maximalista) se aplicaría en aquellos supuestos en los que existe un consenso jurídico regional o global así como una jurisprudencia regional consolidada en determinada materia mientras que el MDAN (control minimalista) se aplicaría en aquellos casos en los que la CADH no impone una regulación específica, además cuando no exista una jurisprudencia consolidada de alcance regional o global y cuando se demuestre que la medida estatal tiende cuantitativa y cualitativamente a la garantía de los derechos fundamentales.

### **5.2.1. El control de convencionalidad**

El control de convencionalidad es una doctrina judicial creada en el seno de la Corte IDH y que en pocas palabras confirma la supremacía del derecho internacional de los DDHH sobre el derecho local. Los fundamentos de esta doctrina aparecen ya en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre la interpretación de los tratados de 1969 según la cual un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La construcción dogmática se complementa con el principio *pacta sunt servanda* según el cual los tratados internacionales deben cumplirse de buena fe, lo que junto a la consideración de que existen órganos encargados de la interpretación auténtica del tratado se traduce en la

---

<sup>819</sup> ROA, Jorge. “Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá”. *Revista Derecho del Estado*, 2019, no 44, pp. 92-95.

supremacía del derecho internacional de los DDHH interpretado por la autoridad correspondiente sobre el derecho nacional o la interpretación que las autoridades locales realicen.

A fines expositivos, puede considerarse que existe un control de convencionalidad concentrado en la Corte IDH, así como un control de convencionalidad interno a cargo del Estado. A su vez, este control interno es *difuso* en la medida que no le atañe únicamente al poder judicial<sup>820</sup>, ni únicamente a los órganos del poder judicial<sup>821</sup>, no solamente a los jueces sino también a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”<sup>822</sup>; y finalmente, a “cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial”<sup>823</sup>. Adicionalmente, el control de convencionalidad no tiene efectos interpartes, vinculando únicamente al Estado que fuere parte del proceso en el cual se dicta sentencia internacional, sino que al tratarse de la interpretación auténtica de la CADH y teniendo en cuenta el fin y objeto del tratado –que es proteger al ser humano sin importar su nacionalidad– se ha afirmado la doctrina del efecto general o *erga omnes* según la cual la *ratio decidendi* de una sentencia constituye precedente para todos los Estados parte de la CADH.

No se pretende aquí desarrollar exhaustivamente todos los extremos de la doctrina del control de convencionalidad en la medida que es manifiestamente innecesario pues existe considerable doctrina que se ha ocupado de esa importante tarea<sup>824</sup>. Tampoco corresponde describir la aplicación que se ha venido dando a la doctrina del control de convencionalidad en el ámbito de la justicia transicional pues es aquello se ha desarrollado con sistematicidad suficiente en los capítulos II y III de la investigación. En su lugar, resulta más provechoso analizar los motivos por los cuales esta doctrina resulta insatisfactoria en el ámbito de la justicia transicional.

---

<sup>820</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154

<sup>821</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158.

<sup>822</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

<sup>823</sup> Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

<sup>824</sup> Un resumen de la discusión sobre la doctrina puede verse en BAZÁN, Víctor. "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas". *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, 2012, pp. 17-56.

Como se ha dicho, el control de convencionalidad crea estándares jurídicos a partir de precedentes judiciales por el cual se formulan reglas a las cuales la Corte IDH y los Estados quedan vinculados. El problema de esta técnica centralizada de interpretación es, al menos en la jurisprudencia interamericana, que conlleva a tratar de forma idéntica situaciones factuales distintas. Según se ha dicho, en la jurisprudencia interamericana existen estándares que se podrían resumir en los siguientes: las amnistías, sean democráticas o expedidas por una dictadura en su propio beneficio; sean incondicionadas (en blanco) o condicionadas; sean adoptadas por medios de democracia directa o por la legislatura, son contrarias a la CADH cuando son aplicadas a “graves violaciones de DDHH” o crímenes internacionales según la definición del ECPI. Del mismo modo, un Estado está obligado a investigar, procesar y, de ser el caso, sancionar penalmente a los responsables de aquellas conductas sin que sea relevante si existe un conflicto armado interno o no a efectos del cumplimiento de la obligación pues, sobre todo, prima el así llamado derecho a la justicia de la víctima.

Lo preocupante de esta posición maximalista es que además de ser sumamente ineficaz en la práctica<sup>825</sup> tampoco tiene un respaldo normativo en la CADH, sino que es producto de un activismo judicial expansivo incapaz de justificar normativamente un cambio de precedente. En efecto, se ha analizado casos en los que la Corte IDH se acerca tímidamente –a veces reconociéndolas implícitamente o cayendo en contradicciones– hacia los programas de reparación masiva y a las políticas penales de selección<sup>826</sup> y priorización<sup>827</sup> (voto razonado del caso *Masacres de El Mozote v. El*

---

<sup>825</sup> El porcentaje de cumplimiento de órdenes de la Corte IDH consistentes en reformar legislación interna o medidas de investigación, juzgamiento y sanción oscilan entre el 7% al 9%. Así mismo, se estima que el tiempo que un Estado demora en cumplir este tipo de disposiciones sobrepasa los 25 años desde la sentencia de la Corte IDH. Cfr. PÉREZ LIÑÁN, Aníbal, SCHENONI, Luis and MORRISON, Kelly. "Time and Compliance with International Rulings: The Case of the Inter-American Court of Human Rights." *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2019-17, 2019, pp. 17, 29.

<sup>826</sup> Según afirman ACOSTA e IDÁRRAGA: “Por último, hay algunas sentencias de las que puede deducirse que la Corte IDH no tiene una tendencia a interpretar de manera maximalista la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Dos sentencias que son un ejemplo de esto son las de Masacres de Santo Domingo y la de Yarce, ambas contra Colombia. *En las dos sentencias la Corte IDH avaló implícitamente la selección, al no exigir al Estado la investigación, juzgamiento y sanción de todos y cada uno de los responsables de los hechos*. Sin embargo, se trata de una simple tendencia y aún hay muchas ambigüedades y mucho camino por recorrer” Cursiva añadida. Vid. ACOSTA, Juana e IDÁRRAGA, Ana. “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 55-99.

<sup>827</sup> Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 231.

*Salvador (2012)*), pero sin poder explicar, con fundamento en la CADH, los motivos jurídicos por los que los estándares del control de convencionalidad varían o deberían variar.

### **5.2.1.1. Limitación, suspensión y derogación de derechos**

Para solventar el problema descrito en la sección que antecede referente a la dificultad de la doctrina del control de convencionalidad para identificar y justificar elementos que permitan una variación de estándares podría recurrirse a las cláusulas sobre limitación y suspensión y correlación de derechos previstas en el tratado. Sin embargo, aquello sería también infructuoso en la medida en que no se corrija la génesis del problema, este es, la afirmación de que la víctima tiene un *derecho individual*, fundado en la CADH, a la investigación, procesamiento y eventual sanción penal de su opresor. Si se niega esta premisa y se afirma, más bien, que el Estado tiene un deber general de investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales en virtud de un interés común de la humanidad, parece plausible identificar un fundamento normativo en la CADH (Artículo 32.2) que permite captar de forma más adecuada las diferencias fácticas y su correspondiente marco jurídico<sup>828</sup>.

En línea con lo comentado, es necesario distinguir entre la limitación, suspensión y derogación de garantías establecidas en la CADH. Para empezar, la limitación de derechos se encuentra reconocida expresamente en el artículo 29 de la CADH siempre que aquella se adecue y no exceda las disposiciones previstas en el tratado, no existiendo, conforme entiende cierta doctrina, posibilidades de restricciones implícitas<sup>829</sup>. En línea con lo comentado y según el artículo 30 de la CADH, la restricción al goce de los derechos y libertades garantizadas por el texto convencional

---

<sup>828</sup> Como magistralmente ha expresado BAYÓN: “hay que evitar la falacia de dar por supuesto que es más protector el sistema que reconoce «más derechos», que les da «mayor extensión» o, por decirlo gráficamente, aquel que emplace más cosas dentro de la esfera de lo indecidible. Si hay razones para sostener que algo no debería estar incluido en dicha esfera (supuestos derechos que en realidad no deberían reconocerse a los individuos, derechos a los que se da una extensión que en realidad no debería darse), incluirlo no hace al sistema más protector, sino indebidamente protector”. Vid. BAYÓN, Juan Carlos. “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *Anuario de filosofía del derecho*, 2013, no 29, p. 92.

<sup>829</sup> “Las restricciones permitidas por el Pacto de San José son las que están establecidas de manera expresa en el tratado, no existen restricciones implícitas; la función del artículo 30 es entonces sujetar las mismas a ciertos requisitos generales para que sean lícitas a la luz de la CADH”. Vid. RODRÍGUEZ, Gabriela. “Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2nda edición, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, p. 880.

deben instrumentarse por medio de leyes, que se dicten en razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En todo caso, la limitación de derechos bajo el paraguas de la CADH no puede servir como justificación para que un Estado restrinja el goce y ejercicio de derechos y libertades que se encuentren reconocidos en: a) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; b) “otros actos internacionales de la misma naturaleza”; o, c) que estén “reconocido(s) de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Para dar contenido normativo a las limitaciones plausibles que permite la CADH, el artículo 32 del texto convencional señala que existe una reciprocidad entre derechos y deberes. Esa relación sinalagmática parte de la idea de que existe un principio de solidaridad por el cual “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”. Adicionalmente, las limitaciones al goce y ejercicio de un derecho deben estar justificadas en el aseguramiento de “los derechos de los demás”, “la seguridad de todos” y “las justas exigencias del bien común”, todo ello interpretado bajo los requerimientos de una “sociedad democrática”. A diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina, aquí se parte de que el artículo 32 de la CADH es una cláusula que permite no la supresión de derechos y garantías convencionales sino su limitación y que resulta aplicable cuando el texto del tratado no ha fijado una regulación específica<sup>830</sup>.

Entonces, la limitación de derechos puede conceptualizarse como una restricción legítima al disfrute de un derecho y a las garantías para exigirlo, que debe cumplir requisitos formales y materiales para ser válida. La limitación no pretende vaciar completamente de contenido al derecho porque en ese caso constituiría una derogación de facto de aquel. Siguiendo esa lógica, la limitación introducida por el Estado debe ser necesaria, es decir, fundada en las exigencias del bien común; debe ser idónea, en el

---

<sup>830</sup> RODRÍGUEZ cae en contradicción al afirmar que las limitaciones solo proceden en los casos explícitamente previstos en la CADH para después afirmar, en relación al artículo 32 del tratado que: “...toda limitación a los derechos, cuando no sea explicitada en la CADH, tendrá que supeditarse a lo dispuesto por los artículos 30 y 32, de lo contrario, la Corte IDH puede determinar que la restricción no es legítima, siendo, en consecuencia, violatoria de este tratado internacional. El limitar o restringir los derechos de forma adecuada, en última instancia, es una cara más de la obligación de garantía, consagrada en los artículos 1 y 2 de la CADH”. Vid. RODRÍGUEZ, Gabriela. “Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2da edición, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, p. 891.

sentido de eficaz para cumplir el propósito expresado en la ley; y, la restricción debe ser estrictamente proporcional a la afectación de los otros derechos relevantes al caso concreto.

De otra parte, la suspensión de derechos se regula en base al artículo 27 de la CADH y a diferencia de la limitación que puede tener efectos *permanentes* y, en ese sentido, reconfigurar el entendimiento sobre el alcance del derecho. En contraposición, la suspensión de debe instrumentarse por el *tiempo estrictamente limitado* en función de las exigencias de la situación. Además de ser temporal, la suspensión de derechos solamente puede adoptarse en un listado de situaciones que, aunque no es taxativo, sí que ilustra las características excepcionales. De esta manera, la CADH se refiere a la guerra, a situaciones de peligro público y a emergencias que amenacen la independencia o la seguridad del Estado. Adicionalmente, la suspensión –que se manifiesta en la declaratoria de estados de excepción– debe limitarse también en ámbito geográfico y material en cuanto a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada<sup>831</sup>.

La suspensión de derechos no debe ser discriminatoria, motivo por el cual no se debe suspender los derechos y libertades para unos y no para otros basándose en criterios sospechosos como la raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (*categorías prohibidas*). Otro de los límites materiales para la suspensión de derechos es que aquella no puede operar con el efecto de suspender obligaciones que han sido contraídas por el Estado en virtud de otros instrumentos de derecho internacional.

Mientras que la CADH se constriñe a señalar que la limitación de derechos solamente puede operar en la medida permitida por su propio texto (Artículo 29. A), en lo relativo a la suspensión de derechos se plantea un listado taxativo de derechos que no pueden ser

---

<sup>831</sup> Según destaca RODRÍGUEZ: “Antes de la entrada en vigor de la CADH, la CIDH –basándose en las obligaciones contenidas en la DADDH– afirmó el principio de temporalidad en diversas ocasiones, al denunciar la aplicación rutinaria del estado de excepción en países como Haití (informe especial de 1979) y Paraguay (visita *in situ* de 1965), y recomendar el levantamiento del estado de excepción con respecto al Uruguay (informe anual de 1980) y Argentina (informe especial de 1980). En cuanto a la limitación geográfica, si bien no se desprende del texto del artículo 27 de la CADH, la misma debe de entenderse incluida en el contexto de la exigencia de proporcionalidad de las medidas. En el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH –siguiendo al Comité DHONU– adoptó el criterio de que todo estado de emergencia debe de cumplir con los requisitos de “duración, [...] ámbito geográfico y [...] alcance material”. Vid. RODRÍGUEZ, Gabriela. “Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2da edición, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, p. 840.



suspendidos: “artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”<sup>832</sup>.

Finalmente, la CADH establece un requisito formal para la suspensión de derechos. Mientras que la limitación de derechos demanda el respeto del principio de reserva de ley, en el caso de la suspensión se requiere informar de forma inmediata a los demás Estados parte de la CADH por medio del Secretario de la OEA, especificando que disposiciones han sido suspendidas, los motivos que provocaron la suspensión de derechos, así como la fecha en que se termine la misma. Según ha anotado RODRÍGUEZ esta disposición

...es una medida de publicidad que tiene la función de informar a la comunidad internacional de la imposibilidad de cumplir con ciertas obligaciones de manera excepcional y transitoria; constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías, y permite a los otros Estados partes apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la CADH. Por ende, la falta de este deber de información implica el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 27.3. de la CADH<sup>833</sup>.

En tercer lugar, la derogación de un derecho implica suprimirlo de manera formal o bien de forma material. Ambas modalidades se encuentran prohibidas por la CADH, tanto por el artículo 29.A como por el artículo 1 de la Convención por el cual los Estados parte se obligan a garantizar los derechos reconocidos en el tratado. En ese sentido, se puede conceptualizar a la derogación como el vaciado del contenido esencial del derecho fundamental, haciéndolo irreconocible o impracticable.

Aplicando los conceptos desarrollados anteriormente a la justicia transicional, es posible afirmar que la CADH no permite *a priori* la limitación del artículo 25 relativo a la protección judicial, simple y llanamente, porque el texto del tratado no contempla esta posibilidad, como, por ejemplo, sí lo hace en el caso del derecho a la libertad de

---

<sup>832</sup> “Las garantías judiciales indispensables deben de subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas durante los estados de excepción”. Vid. RODRÍGUEZ, Gabriela. “Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2da edición, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, p. 846.

<sup>833</sup> Ídem, p. 847.

pensamiento y expresión (Art. 14), reunión (Art.15), asociación (Art.16). Sin embargo, la propia Corte IDH ha mencionado que:

Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas<sup>834</sup>.

Como se ha apuntado, la Corte IDH fundamenta el derecho de la víctima a la verdad, a la justicia y la reparación apoyándose fundamentalmente en el derecho a un recurso efectivo que incluye el acceso a la justicia, la posibilidad de interponer un recurso ante la decisión preliminar y la ejecución efectiva de la decisión (Artículo 25 CADH)<sup>835</sup>. En ese sentido, utilizando la interpretación de la Corte IDH sobre el artículo 32.2 de la CADH podría ensayarse alguna fórmula de “limitación” del derecho a la justicia de algunas víctimas en favor de la selección y priorización de los máximos responsables. Si bien esta es la apuesta doctrinal con mayor respaldo resulta, a mi juicio, teóricamente insatisfactoria.

En efecto, parece irrazonable “limitar” el derecho a la justicia de un colectivo de víctimas para “maximizar” el derecho a la justicia de un grupo selecto de aquellas en nombre de la “ponderación” con el derecho a la paz<sup>836</sup> dado que en realidad se estaría vaciando de contenido el derecho de algunos –pues según entiende la Corte IDH se trata de un derecho individual– para satisfacer totalmente el derecho de otros, lo que parece insostenible si se afirma que todos gozan de la misma dignidad humana y en consecuencia de los mismos derechos.

---

<sup>834</sup> Corte IDH. *Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr.65.

<sup>835</sup> Según apunta claramente ARENAS, Miguel. “La contribución de la jurisprudencia de la Corte IDH a la eliminación de las «leyes de amnistía» en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad”. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional. Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2010, pp. 2179-2180.

<sup>836</sup> La propuesta de la doctrina mayoritaria realza la ponderación como principio estructural del constitucionalismo global. En ese sentido, SAPIANO, Jenna. “Courting peace: Judicial review and peace jurisprudence”. *Global Constitutionalism*, 2017, vol. 6, no. 1, pp. 146-148.

Tampoco la suspensión de derechos parece una alternativa viable en materia de justicia transicional ya que más allá de ser una medida temporal aquella excluye explícitamente de su ámbito de aplicación al derecho a la vida y a la integridad física, así como sus respectivas garantías judiciales. Tomando en cuenta que las graves violaciones de DDHH giran en torno a estos derechos –por ejemplo, la tortura, la desaparición forzada de personas, el genocidio, el asesinato– la suspensión de estos derechos, aún en base a situaciones de peligro extremo para el mantenimiento del Estado resulta a todas luces inadmisibles.

Como se pone de manifiesto, desde la perspectiva dogmática ninguna de las alternativas previstas en la CADH parece ajustarse al dilema de las sociedades que implementan procesos de justicia transicional. Sin embargo, el impedimento no proviene propiamente de las categorías de *limitación, suspensión y derogación de derechos* sino más bien del concepto y alcance del derecho a la protección judicial (Artículo 25 CADH). Dicho de otro modo, la incompatibilidad solamente persiste en la medida que se considere que, en nombre de la protección judicial, la víctima tiene un derecho fundamental al acceso a la justicia penal y al castigo efectivo de su opresor<sup>837</sup>.

En contrapartida, si se entiende que la víctima no es titular del derecho arriba descrito no es necesario aludir a la limitación, suspensión o derogatoria de aquel. Por otro lado, asumir esta posición no implica, de ninguna manera, la permisibilidad de la impunidad en términos absolutos, ni negar la obligación de revelar la verdad de los hechos ocurridos, ni mucho menos desconocer la obligación de reparar a las víctimas<sup>838</sup>. Del mismo modo, esta posición no implica dejar la configuración de las obligaciones de justicia, verdad y reparación exclusivamente al Estado. Cambiar el fundamento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar además de las obligaciones de verdad y reparación de un derecho de la víctima individualmente considerada a un conjunto de obligaciones que derivan del derecho internacional general resulta más plausible desde

---

<sup>837</sup> En efecto, podría decirse que la no persecución de *la totalidad* de los crímenes del DPI refleja una situación injusta en la medida que la impunidad no es, en términos sistémicos, deseable. Sin embargo, no necesariamente toda situación injusta implica la violación de un derecho humano. En palabras de ALEXY: “La limitación de los objetos de los derechos humanos a lo fundamental para la existencia o la autonomía del ser humano, significa que el ámbito de los derechos humanos no coincide con el de la justicia. Lo que viola los derechos humanos es necesariamente injusto, mas no todo lo que es injusto viola siempre al mismo tiempo derechos humanos”. Cfr. ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”. *Derechos y Libertades*, 2000, pp.28-29.

<sup>838</sup> Es el argumento que plantea NINO, Carlos, “The duty to punish past abuses of Human Rights put into context: the case of Argentina”, *The Yale Journal*, vol.100, no. 8, 1991, p. 2621.

la perspectiva teórica. Si se considera que la tradición jurídica ha establecido una obligación de perseguir graves crímenes internacionales puede entenderse que los Estados deben cumplir aquel compromiso de buena fe, en el marco de una democracia global, sin que se erija como un deber absoluto.

En síntesis, desde la dogmática de los DDHH no cabe ponderación entre derechos fundamentales individuales y colectivos. No aparece como válido sacrificar el derecho individual de la víctima al castigo de su opresor en nombre del derecho a la paz colectiva o en la justificación de que los derechos de otra víctima están siendo maximizados por medio del procesamiento de los máximos responsables. La lógica de considerar a un derecho como humano implicará siempre que cada individuo tenga el derecho –y el Estado la obligación– de castigar todas y cada una de las graves violaciones de DDHH.

Ahora bien, los mismos elementos de la cláusula de correlación entre derechos y deberes (Artículo 32.2 CADH) pueden servir como fundamento para poner en contexto y delimitar el alcance del cumplimiento de la obligación general de derecho internacional de perseguir graves violaciones de DDHH. La aplicación de la cláusula no sería arbitraria en la medida que se fundamenta en los derechos políticos que prevé el texto de la CADH. Como se analizará más adelante, los elementos de *reserva de ley*, *sociedad democrática* y *bien común* sirven para limitar las decisiones que tome un Estado inmerso en un proceso de justicia transicional.

### **5.2.2. El margen de apreciación nacional**

El margen de apreciación nacional (MDAN) es un criterio hermenéutico para la interpretación de los tratados internacionales en materia de DDHH que ha sido desarrollado con exhaustividad en el sistema europeo por parte del TEDH y se encuentra su génesis en 1958 con un pronunciamiento de la Comisión EDH, aunque autores como FOLLESDALL señalan que los rasgos de la doctrina aparecen más delineados desde 1970 ya con la jurisprudencia del TEDH<sup>839</sup>. En efecto, los primeros antecedentes de este concepto se remontan a la actuación de la Comisión EDH en los asuntos *Grecia*

---

<sup>839</sup> FOLLESDAL, Andreas. "Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights - or Neither". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, 2016, pp. 154-155.

*c. Reino Unido, Lawless c. Irlanda, y Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia*, mientras que el TEDH utilizó por primera vez la expresión MDAN en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, del 18 de junio de 1971<sup>840</sup>.

La idea central del margen de apreciación nacional es que hay que ser deferentes ante las decisiones de las autoridades locales cuando se cumplen los siguientes presupuestos. En primer lugar, la existencia o no de un consenso respecto de la medida objeto de control en el Consejo de Europa en relación a la medida enjuiciada. Cuando no existe este consenso o cuando el consenso es muy bajo, el TEDH suele conceder un amplio margen de aplicación en favor de la actuación del Estado<sup>841</sup>. En segundo lugar, el TEDH evalúa si la autoridad nacional está en mejor posición para juzgar la conveniencia de la medida adoptada. Este criterio se utiliza, generalmente, cuando la evaluación de la medida requiere un análisis complejo en lo económico y social<sup>842</sup>.

Un tercer criterio que vincula al margen de apreciación nacional consiste en la naturaleza del derecho afectado pero esta vez como elemento restrictivo. De tal suerte, como apunta SAIZ ARNAIZ, el margen de actuación del Estado es inaplicable cuando la medida afecta a los denominados derechos absolutos previstos en el artículo 15.2 CEDH<sup>843</sup>. En todo caso, él también ha dicho que si bien el MDAN “no juega respecto de las obligaciones negativas (de no violar) relativas a estos derechos...es evidente que ese margen sí que resulta aplicable, también para los derechos absolutos (y, por supuesto, para todos los demás) en lo tocante a las obligaciones positivas, es decir todas aquellas medidas que los Estados partes deben adoptar para prevenir o evitar la repetición de las violaciones de los derechos convencionales”<sup>844</sup>.

---

<sup>840</sup> Según resalta LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo. “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 15, no 19, 2017, p. 56.

<sup>841</sup> FOLLESDAL, Andreas. "Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights - or Neither". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, 2016, pp. 156-157.

<sup>842</sup> SHANY, Yuval. "Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?" *European Journal of International Law*, 16.5, 2005, pp. 918-919.

<sup>843</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación." *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 42, 2018, p. 233.

<sup>844</sup> Ídem, ver nota al pie de página #47.

Otros elementos que entran en juego son, como menciona GARCÍA ROCA, la naturaleza del deber del Estado (no hacer o tomar acción), la naturaleza del fin perseguido de la interferencia estatal y, desde luego, las previsiones expresas del CEDH sobre el derecho fundamental afectado<sup>845</sup>.

El fundamento de la doctrina se corresponde con una *versión sustantiva* del principio de subsidiariedad según el cual corresponde a los Estados, como primer garante de los derechos fundamentales, salvaguardar el ejercicio de los derechos ya que estos se encuentran en mejor posicionados para analizar las causas y posibles soluciones de los problemas jurídicos que se suscitan en torno a ellos; también como un reconocimiento de unidad en la diversidad y como una forma de proteger la legitimidad sistémica de la institución<sup>846</sup>.

Suscribiendo las palabras de ACOSTA, es momento oportuno para revisar seriamente la doctrina del control de convencionalidad y los alcances infortunados que se le ha dado a la así denominada *lucha contra la impunidad* que es, por definición, incompatible con una justicia transicional que pretenda promover la reconciliación social por medio de la racionalización del poder punitivo. Efectivamente, ha llegado el momento de analizar seriamente la posibilidad de aplicar el MDAN en el SIDH:

Con respecto a las sentencias suspendidas, reducidas y alternativas, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni la jurisprudencia del sistema excluyen su aplicación; ni se requieren penas de prisión. En esta materia, la doctrina del margen de apreciación podría ser, de hecho, la herramienta más apropiada, considerando que el Fiscal Adjunto de la CPI afirmó en referencia al caso colombiano en 2015, que (i) el Estatuto de Roma no prescribe el tipo específico o la duración de las sentencias; (ii) al momento de sentenciar, los estados tienen amplia discreción; y (iii) las sanciones penales efectivas pueden adoptar muchas formas diferentes. De nuevo, como *lex specialis*, los órganos de derechos humanos deberían mostrar deferencia a las disposiciones del derecho penal internacional, que aquí parecen respaldar la doctrina del margen de apreciación.

En resumen, el contexto posterior al conflicto en Colombia es una oportunidad para que los órganos del Sistema Interamericano redefinir la lucha contra la impunidad. Esta lucha no solo debe centrarse en el castigo; también debe ser visto como parte de una

---

<sup>845</sup> GARCÍA ROCA, Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración". *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007, p. 126.

<sup>846</sup> En ese sentido se ha dicho que "el Tribunal (TEDH) puede haber desarrollado esta doctrina (MDAN) para construir su legitimidad evitando decisiones controvertidas contra actores poderosos...". Cfr. FOLLESDAL, Andreas. "Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights - or Neither". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, 2016, p. 157.

estrategia holística para permitir el mayor nivel posible de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, reparación y garantías de no repetición. No hay duda de que la investigación y el castigo de aquellos más responsables será un elemento clave, pero no el único en la construcción de la paz que Colombia necesita urgentemente<sup>847</sup>.

Sin embargo, para que la doctrina del MDAN pueda ser aplicada racionalmente, tomando en cuenta y solventando la crítica formulada por varios autores en el sentido de se trata de una doctrina discrecional y de aplicación impredecible, se vuelve necesario concretar algunos criterios de examen que sean aplicables el marco de la justicia y el constitucionalismo transicional como se hace en la siguiente sección.

### **5.3. Constitucionalismo transicional y subsidiariedad**

La noción de constitucionalismo transicional puede entenderse de la siguiente manera. Una constitución refleja un pacto social que incluye un compromiso sobre la organización del poder y la garantía de los derechos que la sociedad particular entiende más valiosos. Además, cada sociedad adecua los alcances y límites de esos derechos a partir de sus tradiciones históricas y culturales en las que confluye el pluralismo sobre distintos valores. En ese sentido, una constitución tiene vocación de permanencia a lo largo del tiempo y solamente será formalmente reemplazada cuando opere un poder constituyente que modifique los cimientos normativos de aquella sociedad. Ahora bien, esa misma constitución puede ser lo suficientemente abstracta para posibilitar la transición del conflicto armado a la paz<sup>848</sup> o de la dictadura a la democracia<sup>849</sup> sin necesidad de ser reemplazada formalmente<sup>850</sup>.

---

<sup>847</sup> ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés. "The Inter-American Human Rights System and the Colombian Peace: Redefining the Fight against Impunity." *AJIL Unbound*, 110, 2016, p.182.

<sup>848</sup> El ejemplo paradigmático en América Latina sería la Constitución de la República de Colombia de 1991 que ha servido para viabilizar varios procesos relacionados a la terminación del conflicto armado. Por supuesto, han existido modificaciones parciales al texto –lo que reafirma la noción de una nueva comprensión de la constitución como un todo– pero sin que sea necesario una Asamblea Constituyente y un nuevo texto.

<sup>849</sup> Así, por ejemplo, la Constitución Política de la República de Chile aprobada el 8 de agosto de 1980, durante la dictadura militar del general Augusto Pinochet se mantiene vigente hasta el día de hoy, sin ignorar que ha sido objeto de importantes modificaciones.

<sup>850</sup> "El constitucionalismo de transición no se limita necesariamente al colapso de un estado y el surgimiento de otro nuevo. El constitucionalismo de transición no se limita a situaciones en las que se promulga una constitución completamente nueva, lo que significa que el poder constituyente decide desarrollar un nuevo poder constitucional. La transición no depende únicamente de la diferencia entre continuidad legal (constitucional) y discontinuidad legal (constitucional). Esto es solo una comprensión formal de la transición constitucional". Cfr. HARALD, Eberhard; LACHMAYER, Konrad & THALLINGER, Gerhard (eds.), *Transitional Constitutionalism*, Nomos, 2007, p. 11.

De esta forma, esta noción de constitucionalismo se diferencia de la noción clásica o revolucionaria en la que la constitución es el producto de una victoria toda vez que implica, más bien, un proceso de negociación con perspectiva de mirar hacia el pasado para construir el futuro. Podría decirse que el constitucionalismo transicional pretende construir un nuevo orden y transformar la sociedad más allá de la clásica separación de poderes y el establecimiento de un catálogo de derechos.

Por ese motivo, en el modelo del *constitucionalismo transicional* no hay momentos constituyentes y momentos ordinarios claramente diferenciados, sino que representan más bien una secuencia de decisiones continuas con mayor o menor valor desde el punto de vista democrático. No ocurre lo mismo, en cambio, con las *constituciones de transición*, es decir, un texto que fue expresamente adoptado para regular la transición en donde el momento constituyente es más que evidente<sup>851</sup>.

En todo caso, una constitución de transición, así como el concepto político de constitucionalismo transicional tienen en común la necesidad de reinterpretar conceptos tan importantes como el Estado de Derecho, la democracia o el entendimiento sobre los derechos fundamentales. En ese sentido, el cambio de políticas públicas o de una determinada línea jurisprudencial puede reflejar en sí misma una expresión del constitucionalismo transicional.

Sin duda, el derecho internacional influye de forma importante en la formación e interpretación de los textos constitucionales. De hecho, Ruti TEITEL ha señalado que la justicia transicional es el constitucionalismo del siglo XXI<sup>852</sup>. Precisamente, tomando en cuenta lo anterior, la cuestión más relevante desde mi punto de vista consiste en analizar las tensiones producto del choque entre el *constitucionalismo transicional* y un *constitucionalismo global* o, al menos, entre un *derecho común con carácter regional* encabezado por tribunales supranacionales.

El primer paso consiste en identificar los puntos sobre los que se producen esas tensiones entre el constitucionalismo transicional y global. Aquellas no versan sobre el ámbito de organización del poder sino principalmente sobre la satisfacción de los

---

<sup>851</sup> Como sería el caso de la Constitución interina de Sudáfrica de 1994 que refleja la adopción de un nuevo texto constitucional luego de un proceso de transición lento y negociado.

<sup>852</sup> TEITEL, Ruti. "Transitional justice and the transformation of constitutionalism", GINSBURG, Tom & DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2011, pp. 72-73.



intereses de las víctimas en materia de verdad, justicia y reparación. Así, por ejemplo, autores como ZULUAGA sostienen que la aplicación del derecho penal bajo los principios de selectividad y priorización son contrarios a los estándares de la Corte IDH:

Es impreciso deducir de la jurisprudencia de la Corte IDH algún tipo de favorabilidad o benevolencia con la priorización como política de gestión de casos. Una interpretación estricta de la jurisprudencia de la Corte IDH conduce, mejor, a entender que las investigaciones de violaciones graves a derechos humanos no admiten relativizaciones, es decir, debe ser investigadas. Esto no significa alguna conformidad con una política de priorización nacional. Incluso, debe decirse que la misma Corte IDH, como un órgano que vela por la protección de los DD.HH. no tiene que encarar en su gestión judicial una estrategia de priorización. La Corte IDH no podrá sustentar una inadmisión sobre el argumento de haber analizado muchos casos de Colombia u otro país, razón por la cual las víctimas siempre podrán alegar el artículo 1.1 y el 25. Al contrario de lo afirmado en las diferentes justificaciones al sistema de selección y priorización, debe decirse que en la jurisprudencia de la Corte IDH hay poco espacio para soportar o congraciarse con la priorización<sup>853</sup>.

Sobre este punto en particular, merece la pena aludir a la decisión de la Presidencia de la Corte IDH en la solicitud de medidas urgentes<sup>854</sup> dictadas en el marco del cumplimiento de la sentencia del caso *Masacres del Mozote v. El Salvador (2019)*. La decisión del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor es relevante toda vez que ordenó al Estado suspender la tramitación de la “Ley Especial de Justicia Transicional y Restaurativa para la Reconciliación Nacional” que se encuentra en trámite legislativo. La decisión es importante porque surte efectos generales, más allá del caso concreto que fue materia de sentencia por la Corte IDH toda vez que se extiende a la situación general de impunidad en El Salvador.

En primer lugar, *la decisión ratifica que es posible establecer parámetros de selección y de priorización de casos en procesos de justicia transicional*. Aquello es muy interesante pues del estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH no es posible encontrar un número considerable de fallos en ese sentido. A pesar de lo mencionado, esos criterios deberían ser instrumentados dentro de un marco procesal razonable a fin de que

---

<sup>853</sup> ZULUAGA, John. “Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, p. 183.

<sup>854</sup> En el SIDH existen tres tipos de *providencias preventivas*. En primer lugar, la CIDH de conformidad a su reglamento (Art.25) puede dictar *medidas cautelares*. En segundo lugar, la Corte IDH, como órgano colegiado, puede dictar conforme al artículo 63.2 de la CADH, *medidas provisionales* “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables”. Estas decisiones son irrecurribles. Finalmente, de acuerdo a la Convención Americana (Art. 63.2), el Estatuto (Arts. 24.1 y 25.2) y el Reglamento (Arts. 4, 27 y 31.2.d) de la Corte IDH, el presidente puede adoptar *medidas urgentes* cuando la Corte no esté reunida, pero estas decisiones son recurribles ante el pleno del tribunal siempre que no sean de mero trámite.

no tenga la función de legitimar la impunidad de facto. En palabras del juez FERRER MAC-GREGOR:

Esta Presidencia considera que en contextos de justicia transicional el Estado podría establecer, tal como lo sostuvo la Sala de lo Constitucional en su sentencia de 13 de julio de 2016, “ciertos parámetros para la selección o priorización de los casos que serán objeto de investigación”, o bien, una política de priorización para la atención de las investigaciones de graves violaciones ocurridas durante el conflicto armado. Sin embargo, pareciera que un listado cerrado de casos, elaborado por una sola ocasión, en un período tan corto de tiempo, tal como el que propone el proyecto de ley (supra Considerando 21), no garantizaría un adecuado análisis de selección, máxime, considerando que en este tipo de contextos, en los cuales por décadas se denegó el acceso a la información relacionada con los hechos, la determinación de los casos a investigar podría variar en el tiempo, según la información que sea progresivamente accesible o se encuentre mediante la investigación de otros casos<sup>855</sup>.

Sumado a lo anterior, la decisión de la Presidencia de la Corte IDH reconoce que “es encomiable toda iniciativa que tienda a restañar las heridas resultantes de situaciones bélicas o de violencia prolongada”, añadiendo que se trata de una tarea compleja y delicada por su naturaleza<sup>856</sup>. Donde algunos podrían apreciar una mera introducción al tema materia de la decisión, también resulta plausible entender que se trata de una *evaluación de contexto*, que por sus especiales características merece un enfoque jurídico diferenciado. En mi opinión, esto es lo que sucede según se puede inferir del análisis sobre los criterios de selección y priorización de casos que se muestra a continuación.

El proyecto de ley comentado establece que le corresponde al Fiscal generar un listado cerrado de casos en un período de cinco meses para ser investigados, juzgados y, eventualmente, sancionados<sup>857</sup>. En ese sentido, es plausible interpretar que una política

---

<sup>855</sup> Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. 28 de mayo de 2019, párr. 26.

<sup>856</sup> Ídem, párr. 25.

<sup>857</sup> “El proyecto de ley en mención reza: **Política especial y selección de casos. Art. 5.- El Fiscal General de la República, dentro de los cinco meses siguientes a la vigencia de las presentes regulaciones, aprobará una política institucional especial para la investigación y juzgamiento de los crímenes objeto de la presente ley, elaborando dentro de dicha política y plazo, en una sola ocasión, un listado de casos a ser investigados y procesados judicialmente**, utilizando criterios como la extrema gravedad de los hechos punibles a que se refiere esta ley; la representatividad de los mismos; la capacidad para demostrar los patrones, los comportamientos o prácticas de violencia más ofensivas y repudiables para el género humano; el impacto sobre las víctimas, la sociedad e incluso, la comunidad internacional; y la factibilidad o viabilidad de las investigaciones. Cualquier persona o grupo de personas u organización de la sociedad civil con personalidad jurídica, dentro del segundo y tercer mes de la entrada en vigencia de la presente ley, con base en los criterios anteriores, podrá hacer propuestas al Fiscal General de la República, sobre los casos que podrían incluirse en la lista mencionada. El Fiscal General de la República, deberá resolver sobre dichas propuestas, dentro de diez días hábiles luego de transcurrido el plazo indicado en el inciso

de selección y priorización de casos no sería contraria a la CADH siempre y cuando exista un marco procesal adecuado para determinar los casos que serán sometidos a la justicia. A manera de comparación, podría mencionarse, que el modelo de justicia transicional colombiano tendría una duración inicial de diez años que podría extenderse cinco años más. Durante este período de tiempo, la Unidad de Investigación de la JEP podría presentar nuevos casos, utilizando los criterios de selección y priorización, valiéndose también de las declaraciones que voluntariamente realicen los imputados en otros procesos.

Otro punto importante de la decisión comentada es que el proyecto de ley materia de análisis prohíbe el dictado de medidas cautelares como la privación de la libertad en todos los casos<sup>858</sup>. Esto claramente demuestra la falta de compromiso del Estado en cumplir de buena fe el deber general de investigar, procesar y, de ser el caso, sancionar graves violaciones de DDHH toda vez que si bien la privación de libertad es una medida de *ultima ratio* por sus graves efectos nocivos sobre el individuo y ser instrumentalizada como un anticipo de la pena, sigue siendo justificable en las sociedades democráticas para evitar que el procesado evada la acción de la justicia o destruya pruebas relevantes para el proceso<sup>859</sup>.

---

anterior, decisión que deberá ser debidamente notificada a las personas u organizaciones de la sociedad civil peticionarias, exponiendo las razones de hecho y de derecho que motivaron la resolución. Contra dicha decisión, dentro de un plazo perentorio de diez días hábiles, las personas u organizaciones peticionarias podrán presentar demanda de Amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual deberá resolverse por el referido tribunal dentro del plazo de quince días hábiles. Con lo resuelto se tendrán por agotadas todas las instancias. Al no existir demandas de amparo pendientes de resolver por la Sala de lo Constitucional, el listado de casos será cerrado y oficializado por el Fiscal General de la República, por medio de un Acuerdo Administrativo, que hará publicar en el Diario Oficial. A partir de esta publicación cualquier persona que se considere inculpada podrá ejercer su defensa material y técnica. Los casos previstos en la presente ley y que no queden comprendidos en la lista a que se refiere esta disposición, quedarán sujetos a lo estipulado en el artículo 16 de esta ley”. A su vez el artículo 16 del proyecto de ley se refiere a la concesión de una amnistía. El énfasis y resaltado son propios.

<sup>858</sup> “Bajo el referido proyecto de ley, aun cuando existiesen riesgos fundados de que las personas acusadas obstaculicen el desarrollo de las investigaciones de graves violaciones a derechos humanos o eludan la acción de la justicia, el juzgador no contaría con la posibilidad normativa de disponer una medida adecuada para el aseguramiento del proceso penal, con lo cual se podría ver afectado el derecho de acceso a la justicia de las víctimas en el marco de las investigaciones penales...”. Vid. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Masacres de *El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. 28 de mayo de 2019, párr. 29.

<sup>859</sup> “La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado, tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y

Nuevamente, haciendo un ejercicio de comparación con el modelo de justicia transicional colombiano, es necesario recordar que las personas que se sometan voluntariamente a la JEP deben permanecer en las denominadas Zonas Veredales. Efectivamente, no se trata de una medida de prisión, pero sigue siendo una medida privativa de la libertad con efectos mucho menos nocivos que el confinamiento carcelario y se puede conceptualizar como un equivalente funcional de aquella en el sentido de que son espacios de acceso y salida restringidos a efectos de control de fugas o de destrucción de material probatorio.

También debe mencionarse que en esta decisión, el Presidente de la Corte IDH hace pronunciamientos más decisivos en lo referente al principio de proporcionalidad de las penas<sup>860</sup>, señalando que el proyecto de ley implicaba que la sentencia impuesta por el juez nunca sea ejecutada en el caso de que la pena privativa de libertad fuera de hasta diez años, dado que se produciría la suspensión de oficio de aquella. De otra parte, el proyecto de ley contempla que aquellos que fueren sentenciados a más de diez años de pena privativa de libertad les sea sustituida la pena de oficio por “trabajos de utilidad pública” de entre tres y diez años<sup>861</sup>. Al respecto, la decisión reza:

...esta Presidencia encuentra que existe una evidente e infundada desproporción entre la suspensión o sustitución de la sanción penal impuesta que propone el proyecto de ley y los bienes jurídicos afectados en los casos de graves violaciones a derechos humanos. Asimismo, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 11 del proyecto de ley, relativo a “beneficios penales”, el artículo 12 establece que dicha suspensión o sustitución en las penas privativas de libertad se realizaría de oficio por el juez de la causa, sin que éste último pueda realizar ningún tipo de valoración sobre otros aspectos

---

proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En lo relativo a la detención de un imputado o acusado con carácter provisional (prisión preventiva), la Corte ha establecido que ello solo es admisible cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia”. Ídem.

<sup>860</sup> Principio que la cultura jurídica occidental consideró, desde sus inicios, como un límite al poder punitivo del Estado en el sentido de que existe una prohibición de imponer penas más gravosas, que excedan el grado de culpabilidad del individuo; y, que curiosamente ha mutado en un principio de proporcionalidad inversa, es decir, la exigencia jurídica de un mínimo aceptable de pena. Aquello se manifiesta claramente en la decisión analizada que reza: “Esta Presidencia recuerda que la imposición de una pena proporcional en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto. Por tanto, esta Presidencia encuentra que existe una evidente e infundada desproporción entre la suspensión o sustitución de la sanción penal impuesta que propone el proyecto de ley y los bienes jurídicos afectados en los casos de graves violaciones a derechos humanos”. Cfr. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. 28 de mayo de 2019, párr. 33. Resaltado fuera del texto original.

<sup>861</sup> Ídem.

tales como: la colaboración o conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad de los hechos y con la justicia; la no obstaculización del proceso penal, el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación, entre otros, que ameritarían una ponderación de la pena impuesta respecto del bien jurídico lesionado<sup>862</sup>.

En efecto, el proyecto de ley implica en la práctica que los casos seleccionados por la Fiscalía –que se supone son los más graves y, por tanto, crímenes de lesa humanidad y de guerra– no reciban sanción alguna a pesar de ser sentenciados hasta diez años de privación de libertad. Aquello equivaldría a una amnistía de facto. De otro lado, es criticable la sustitución inmediata de la sanción penal a quienes hayan sido sentenciados a más de diez años en la medida de que ese beneficio penal no es una contraprestación al aporte de la verdad, al desarme o a la reparación de la víctima.

Comparando el proyecto de ley con el modelo de justicia transicional implementado en Colombia se pueden observar importantes diferencias. En el modelo de la JEP las personas que no colaboren con el establecimiento de la verdad y que no se acojan voluntariamente al procesamiento penal enfrentarán sanciones de entre quince y veinte años de privación efectiva de la libertad en prisiones. En contraposición, las personas que se acojan voluntariamente a la JEP serán sancionadas con penas que oscilan entre los cinco a ocho años, siempre que colaboren con el establecimiento de la verdad, debiendo purgar la pena en espacios controlados por el Estado y cumplimiento tareas como el desminado.

Otro detalle bastante interesante sobre esta decisión, es que la Presidencia de la Corte IDH no considera contrario a la CADH –lesivo de la garantía del juez natural<sup>863</sup>– que se cree una jurisdicción especial para el juzgamiento de graves violaciones de DDHH<sup>864</sup>.

---

<sup>862</sup> Ídem.

<sup>863</sup> Según la argumentación de las víctimas: “generaría incertidumbre sobre la continuidad del proceso, pues el juez que hasta el momento ha realizado la instrucción podría perder competencia y la investigación podría pasar a manos de la Fiscalía, en [la cual] quedaría la determinación de la utilización de la prueba que se ha producido hasta el momento”. Parecería que, en el concepto de las víctimas, la garantía del juez natural no es, como se ha considerado siempre, una garantía del individuo procesado penalmente, sino más bien en una garantía procesal dirigida a ellas. Cfr. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. 28 de mayo de 2019, párr. 13.A. IV.

<sup>864</sup> “...esta Presidencia considera que no necesariamente la atribución de competencia a determinados tribunales para el conocimiento de las graves violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, tal como lo propone el proyecto de ley, podría afectar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, siempre y cuando se tomen en cuenta los avances en las fases del proceso penal y acervo probatorio recabado ante otros juzgados o tribunales...”. Cfr. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de*

Desde mi punto de vista, ello refleja más bien el compromiso institucional del Estado por cumplir con el deber general de investigar, procesar y, eventualmente, sancionar de forma efectiva. A su vez, este pronunciamiento es un aliciente para modelos institucionales y procesales complejos como la JEP colombiana.

Para concluir con el análisis de esta decisión y pasar a la formulación normativa, vale resaltar dos cuestiones fundamentales, estas son, la falta de participación democrática en el proceso de elaboración del proyecto de ley<sup>865</sup> acompañada de una tramitación excesivamente célere y por mecanismos de tramitación legislativa especial que reducirían la legitimidad democrática de la legislación<sup>866</sup> y, el hecho de que la Presidencia de la Corte IDH considere fundamental, a efectos de decidir sobre la convencionalidad de este proyecto de ley, si en el Estado existe la posibilidad de un control de constitucionalidad previo a que la medida entre en vigor<sup>867</sup>.

Luego de haber identificado la principal tensión entre el constitucionalismo transicional y un derecho común en el continente americano, el segundo paso consiste en contrastar los motivos para ser deferentes ante una decisión nacional o, al contrario, defender una concepción minimalista de la soberanía nacional y la supremacía de las decisiones de

---

*sentencia en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. 28 de mayo de 2019, párr. 34.

<sup>865</sup> “...la alegada falta de participación de las víctimas en el proceso de elaboración del referido proyecto de ley, así como la falta de consideración de la propuesta de “Ley especial de reparación integral y acceso a la justicia para víctimas de graves violaciones a derechos humanos en el contexto del conflicto armado” que habría presentado la “Mesa contra Impunidad” a la Asamblea Legislativa (supra Considerando 12.i), máxime, al considerar que la propia Sala de lo Constitucional dispuso, en su resolución de seguimiento de 13 de julio de 2018 (supra Considerando 12.b), que “[e]n [la] elaboración [de una nueva ley de reconciliación nacional y de asistencia a víctimas] deberá tenerse en cuenta la consulta con las víctimas del conflicto armado, las asociaciones que las representan y otros sectores de la sociedad que se muestren interesados en contribuir a los fines de su elaboración”. Ídem, párr. 38.

<sup>866</sup> “...a pesar de que el plazo otorgado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Legislativa para adoptar determinada normativa vencería hasta el 13 de julio de 2019, el trámite legislativo para la aprobación del proyecto de ley ha ido avanzando muy rápidamente en las últimas dos semanas, pues el objetivo sería aprobar dicho proyecto de ley con la composición actual del Congreso, cuyo mandato culmina el 31 de mayo de 2019, para lo cual podría recurrirse incluso a un mecanismo reglamentario interno de la Asamblea que exime el seguimiento del trámite legislativo regular (supra Considerando 12)”. Ídem, párr. 39.

<sup>867</sup> “A fin de que el Pleno de la Corte cuente con mayores elementos para pronunciarse sobre la referida solicitud, esta Presidencia requiere al Estado que en el plazo indicado en el punto resolutivo segundo de la presente Resolución, aporte un informe en el cual se refiera al impacto que tendría este proyecto de ley respecto del cumplimiento de la obligación de investigar derivada de la Sentencia del caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños, así como que explique si dentro de su ordenamiento jurídico la Sala de lo Constitucional podría realizar un control previo de constitucionalidad de proyectos de ley...”. Ídem, párr. 44.

los tribunales supranacionales<sup>868</sup>. A su vez, esto conlleva a decantarse a favor del control de convencionalidad o bien hacia una doctrina de deferencia como el MDAN. Se trata, en definitiva, de plantear el problema de la tensión democrática del control judicial a nivel internacional.

Para abordar el problema propuesto, valdría la pena mencionar, como hace Jorge CONTESSE, que el sistema interamericano opera en la actualidad en un contexto político, social y jurídico muy distinto al que cuando empezó a funcionar por medio de la Comisión IDH en 1959 –tras la promulgación de la Carta de la OEA en 1948– así como la Corte IDH que se constituyó en 1979<sup>869</sup>. Como bien recuerda el ex juez de la Corte IDH Thomas BUERGENTHAL:

...gran parte del hemisferio occidental sufría de violaciones masivas a los derechos humanos. La guerra fría, en la América de aquella época, permitió que los regímenes militares y las dictaduras civiles torturaran e hicieran desaparecer a cualquier persona que catalogaran como subversivo. A menudo, también, el simple hecho de hablar públicamente de derechos humanos podía ser motivo de encarcelamiento o de medidas aún más drásticas<sup>870</sup>.

En la actualidad, por el contrario, los Estados que se encuentran bajo la jurisdicción del tribunal interamericano son regímenes democráticos, sin pretender obviar que muchos atraviesan dificultades de orden institucional, política y que la protección de los derechos fundamentales deja mucho que desear. En todo caso, partiendo de esa premisa, muchos Estados han realizado llamados a la Corte IDH para que tome en consideración el principio de subsidiariedad, el margen de apreciación, las fuentes del derecho que utiliza en sus fallos y la proporcionalidad en el ámbito de las reparaciones que concede. De esta manera, en un comunicado conjunto de los representantes de Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Chile resaltaron en abril del 2019:

...la importancia crítica del principio de subsidiariedad como base de la distribución de competencias del sistema interamericano. Dicho principio exige que tanto los Estados como los órganos del sistema asuman sus propias responsabilidades en la promoción y protección de derechos en la región, sin invadir las esferas de competencia de cada uno.

Desde esta perspectiva, la declaración considera que los Estados gozan de un razonable margen de autonomía para resolver acerca de las formas más adecuadas de asegurar

---

<sup>868</sup> Que es hacia donde apunta FERRAJOLI, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *Isonomía*, No.9, 1998, pp. 173-184.

<sup>869</sup> En general, vid. CONTESSE, Jorge. "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos." *SELA, Yale Law School*, 2013.

<sup>870</sup> BUERGENTHAL, Thomas. "Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, Vol. 39, 2004, p. 11.

derechos y garantías, como forma de dar vigor a sus propios procesos democráticos. La declaración plantea que dicho margen de apreciación debe ser respetado por los órganos del sistema interamericano.

...enfátiza la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades de los Estados por parte del sistema interamericano y la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten los ordenamientos constitucionales y jurídicos de esos Estados<sup>871</sup>.

Vale mencionar que no todos los reclamos de los Estados inconformes con el sistema interamericano se han realizado de formas diplomáticas como la expuesta. Es pertinente traer a colación, por ejemplo, el denominado “proceso de fortalecimiento de la Comisión IDH” o la falta de financiamiento al sistema por parte de los Estados miembros de la OEA. Según se ha destacado, existe una debilidad estructural pues la Comisión IDH –que tiene la legitimación activa en los procesos contenciosos– solamente recibe el 6% del presupuesto de la OEA con lo que se trataría del sistema de protección de derechos fundamentales más pobre del globo<sup>872</sup>.

Frente a la realidad asfixiante del sistema interamericano, acompañado del nuevo contexto de los Estados en América Latina, algunos autores han presentado varias críticas a la doctrina del control de convencionalidad y analizan una reconfiguración del principio de subsidiariedad. Según este principio, en su *dimensión procesal*, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales garantizar el cumplimiento de los derechos de los seres humanos en sus respectivos territorios, debiendo agotar las instancias como requisito de admisibilidad de las peticiones en sede internacional. Ahora bien, una *dimensión sustancial* del mismo principio aboga porque los problemas sean resueltos en por la autoridad competente. Empero, como ha señalado Juan Carlos BAYÓN, ese concepto rudimentario del principio de subsidiariedad aporta en poco o

---

<sup>871</sup> Cfr. Cancillería de Chile, “*Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, 23 de abril de 2019, disponible en (último acceso el 29/04/2019): <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-sobre-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>

<sup>872</sup> En el año 2016: “...según Emilio Álvarez Icaza, secretario ejecutivo de la CIDH, es una suma de dos factores: la primera, lo que él llama una debilidad estructural, refiriéndose a que la Comisión representa solo el 6% del presupuesto de la OEA. “Cuando los estados dicen que somos una prioridad nos cuesta trabajo un poco entender a qué se refieren –dice el secretario–, porque somos solo el 6%, somos una prioridad del 6%”. Eso, teniendo en cuenta que la OEA tiene un presupuesto de 83 millones de dólares al año. Vice, “*Crisis en la CIDH, un golpe bajo a la democracia*”, disponible en línea: [https://www.vice.com/es\\_co/article/gq74y9/crisis-cidh-golpe-bajo-a-la-democracia](https://www.vice.com/es_co/article/gq74y9/crisis-cidh-golpe-bajo-a-la-democracia) (Último acceso: 8/8/2019).



nada a justificar los ámbitos legítimos de autoridad de tribunales nacionales e internacionales<sup>873</sup>.

Ahondando en el principio de subsidiariedad en su dimensión sustantiva, es posible destacar tres aproximaciones al mismo: una basada en el consenso jurídico como razón para la intervención (CONTESSE), otra basada en la deliberación democrática local como razón para la deferencia (GARGARELLA); y, finalmente, una basada en criterios funcionales sobre la mejor forma de proteger los derechos de las personas (IGLESIAS). A partir de estas tres propuestas, se propone combinar aquellos tres elementos en una concepción holística del principio en comento.

En la visión de CONTESSE, una estrategia para evitar incurrir en un monólogo jurisdiccional y, de este modo, garantizar la legitimidad del sistema consiste en que la Corte IDH al decidir un caso concreto actúe como una “caja de resonancia” de la jurisprudencia de altos tribunales nacionales<sup>874</sup> de tal suerte que su decisión no aparezca como infundada y justificada formalmente en la autoridad interpretativa del control de convencionalidad sino, más bien, que la decisión refleje el consenso en la interpretación de la CADH<sup>875</sup>.

De otra parte, posiciones como la de Roberto GARGARELLA, evalúan la subsidiariedad de un tribunal internacional desde la calidad democrática de las decisiones adoptadas localmente. De este modo, para el mencionado autor, solo aquellas decisiones sobre

---

<sup>873</sup> En efecto, el principio de subsidiariedad, por sí solo, no está en condiciones de ofrecer una guía para la asignación de esferas de autoridad legítima. En palabras de BAYÓN: “El problema es que, tal y como se formula, el principio de subsidiariedad puede resultar vacío. El principio se apoya, naturalmente, en la intuición de que hay un nivel óptimo para la toma de cada tipo de decisión. Pero, sin criterios normativos adicionales que especifiquen cuál y por qué sería en cada caso ese nivel óptimo, la mera idea de subsidiariedad no va más allá de una pura tautología: nos dice tan solo que cada decisión debe ser adoptada en el nivel apropiado y que el nivel más apropiado es el inferior en todos los casos en los que no sea más apropiado el superior”. BAYÓN, Juan Carlos. “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *Anuario de filosofía del derecho*, 2013, no 29, p. 89.

<sup>874</sup> En respaldo a esta posición, la Corte IDH ha dicho que la protección de DDHH es una labor conjunta entre autoridades nacionales e internacionales. De ese modo: “la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad”. Vid. *Corte IDH. Caso Gelman v. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 71.

<sup>875</sup> CONTESSE, Jorge. “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *SELA, Yale Law School*, 2013, p. 20.

cuestiones públicas que hayan sido ampliamente deliberadas e inclusivas en términos participativos merecen que un tribunal internacional sea deferente. En sus palabras:

...frente a una decisión democrática débil que afecta derechos y/o procedimientos predominantes en cierta comunidad, los tribunales internacionales no deberían asumir la deferencia como su enfoque principal. Asimismo, ante una decisión democrática fuerte que afecta los derechos y/o procedimientos preponderantes en cierta comunidad, los tribunales internacionales no deberían adoptar un enfoque de interferencia<sup>876</sup>.

Como apunta Alejandro SAIZ ARNAIZ, los procesos parlamentarios y su calidad democrática al interior del Estado involucrado son muy importantes para el TEDH al momento de evaluar una medida adoptada por este. Luego de un análisis de casos, llega a la conclusión de que el TEDH, siempre que en el fallo “se declara la no violación el Tribunal se ha dado por satisfecho con las formas y el contenido del proceso democrático”<sup>877</sup>. Por el contrario, cuando “en la parte dispositiva de la Sentencia se afirma la violación del derecho que motivó la demanda, el Tribunal ha identificado en su discurso motivador algún déficit en aquel proceso”.

En ese sentido, ha de destacarse que el proceso democrático tiene una doble dimensión: formal y sustancial. No basta con debatir y votar según exige el proceso parlamentario, sino que debe existir una real participación de los potencialmente afectados y debe demostrarse que la decisión final adoptada tuvo en consideración todos los intereses legítimos en juego, de forma tal que la decisión final no pueda considerarse arbitraria o manifiestamente desproporcionada. En palabras de SAIZ ARNAIZ “a mayor «calidad» del proceso legislativo corresponde un mayor margen de apreciación”<sup>878</sup>.

En otro extremo, según han apuntado FOLLESDAL<sup>879</sup> e IGLESIAS, el principio de subsidiariedad entendido como preferencia a una solución local antes que a una solución brindada por un tribunal supranacional o internacional tiene el carácter de una *presunción normativa* –bien sea por motivos de legitimidad democrática o de capacidad para identificar y gestionar de mejor forma un problema– pero implica así mismo que

---

<sup>876</sup> Cfr. GARGARELLA, Roberto. “Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, No. 4, 2016, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero4-gargarella/> (última consulta 9/8/2019).

<sup>877</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación." *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 42, 2018, p. 243.

<sup>878</sup> Idem p. 234-244.

<sup>879</sup> FOLLESDAL, Andreas. "Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights - or Neither". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, 2016, p. 149.

esa presunción por lo local puede ser desplazada, si bien excepcionalmente, cuando se demuestre que una decisión centralizada para el mismo problema se encuentra respaldada en motivos especialmente sólidos<sup>880</sup>.

Ahora bien, contrastando las tres posturas comentadas, parece razonable afirmar que la deferencia a una autoridad local no puede depender únicamente del hecho de que los Estados miembros del sistema sean democráticos, ya que se trata de un presupuesto del sistema, sino que existe una legitimación recíproca entre el sistema nacional y supranacional en busca de una *legitimidad ecológica* y que depende de cómo las autoridades nacionales cooperan con las internacionales para alcanzar un fin común. Desde este enfoque institucionalista, existe “una responsabilidad compartida en la protección de derechos humanos en la región”<sup>881</sup> por lo que la función principal del principio de subsidiariedad sería “garantizar el sistema en su conjunto”<sup>882</sup>, de lo que se deriva una obligación positiva y una obligación negativa. *Esta última consiste en que la institución internacional no debe arrogarse funciones que la institución más cercana a los individuos puede realizar de forma adecuada o con mayor eficacia*. La obligación positiva, en cambio, implica el deber de actuar cuando la institución nacional no puede alcanzar los fines relevantes de forma satisfactoria o cuando se enfrentan a problemas que van más allá de la esfera doméstica<sup>883</sup>.

Relacionado a este punto, merece la pena indicar que la preocupación de que los fallos de la Corte IDH generen un desbalance que redunden en la desprotección de los derechos de las personas no es exclusivamente académica, sino que ha sido expresada por uno de sus magistrados. En efecto, el voto concurrente de Humberto SIERRA PORTO en el caso *González Lluy v. Ecuador (2015)* apunta en esta dirección, aunque vale aclarar que el contexto del caso de referencia no tiene relación alguna con la justicia transicional<sup>884</sup>. Sin embargo, el principio es el mismo: el activismo judicial de un tribunal internacional con pretensiones maximalistas, en áreas donde no existe consenso jurídico ni empírico sobre la mejor forma de protección de los derechos fundamentales,

---

<sup>880</sup> IGLESIAS, Marisa. "El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? (Una mirada desde Europa)". *SELA, Yale Law School*, 2017, p.1.

<sup>881</sup> Ídem, p.9.

<sup>882</sup> Ídem.

<sup>883</sup> Ídem.

<sup>884</sup> Se refiere a un caso de justiciabilidad de los DESCAs (derecho a la salud en particular) en el que se responsabiliza al Estado ecuatoriano por la negligencia del sistema de salud pública en el contagio a la víctima con VIH.

puede conducir a una deslegitimación del tribunal internacional, bien por la falta de cumplimiento de los Estados<sup>885</sup>, bien porque los derechos resultarían infra tutelados en razón de la imposibilidad de cumplimiento de las órdenes del tribunal internacional:

...otra de mis preocupaciones se centra en que expandir la competencia de la Corte desconociendo la voluntad de los Estados conlleva la deslegitimación del Tribunal y pone en tela de juicio los avances jurisprudenciales que ya se han conseguido en otros temas con mucho esfuerzo. La legitimidad de los Tribunales está dada, en primer lugar, por la voluntad de los Estados que decidieron crearlos, así como por sus sentencias, la motivación que presenten en ellas y su apego al Derecho. Si la Corte se extralimita de las funciones que le son dadas por la Convención Americana y demás tratados del sistema interamericano, estaría minando la legitimidad y confianza que los Estados depositaron en ella. Una decisión que implicara desconocer la voluntad de los Estados en este punto puede acarrear una reacción negativa o un malestar que pone en peligro el sistema. Si bien la Corte no fue creada para complacer a los Estados, pues tiene la misión de juzgar su responsabilidad internacional, tampoco puede generar un desbalance tal que pudiera implicar la desprotección de los derechos humanos que busca salvaguardar<sup>886</sup>.

En ese sentido, la obligación negativa derivada del principio de subsidiariedad debería llevar al tribunal internacional a ser deferente con las decisiones locales cuando su no interferencia resulte beneficiosa al propio sistema de protección de DDHH. Esto se fundamentaría de acuerdo a IGLESIAS en que "...El estado está más cerca de la realidad cotidiana de los individuos y,...en un conflicto concreto puede estar mejor situado para valorar cuál es el curso de acción adecuado dada su coyuntura interna"<sup>887</sup>. Además, el tribunal internacional debe analizar su intervención tomando en cuenta los diferentes objetivos legítimos que persigue un Estado como una *estructura compleja*<sup>888</sup> lo que se podría hacer desde la base del artículo 32 de la CADH si se niega un derecho fundamental a la "justicia" de la víctima y se sustituye por un "deber general de investigar, procesar y sancionar" fundado en un proyecto común de la humanidad.

De tal suerte, el tribunal internacional debe tener en cuenta al momento de realizar el examen de proporcionalidad, los mecanismos de protección que en términos globales

---

<sup>885</sup> FOLLESDAL, Andreas. "The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory." *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14, no. 2, 2013, p.346.

<sup>886</sup> Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Vid. Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 32.

<sup>887</sup> IGLESIAS, Marisa. "El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? (Una mirada desde Europa)". *SELA, Yale Law School*, 2017, p.9.

<sup>888</sup> Ídem.

ofrece el Estado, lo que podría neutralizar actuaciones que pudieren estimarse como violatorias de derechos. En palabras de IGLESIAS:

...Si en términos globales el estado facilita un acceso seguro y equitativo a este derecho o muestra una clara progresión en el estándar general de protección, en algunos casos donde la restricción al derecho no sea muy intensa, podría entrar en juego una “teoría de la neutralización” ... Cuando por contra este nivel general de protección es bajo y el estado no muestra ninguna progresión al respecto, el Tribunal debe reforzar su supervisión como garante de la protección efectiva de derechos, supliendo la inacción estatal en el cumplimiento de sus compromisos internacionales. El resumen de esta idea es que a medida que las autoridades nacionales vayan mostrando un mayor nivel de protección general del derecho en cuestión su criterio se vuelve más confiable<sup>889</sup>.

Adicionalmente, es conveniente incorporar al examen de proporcionalidad el método comparado que consiste en el análisis de las experiencias de los diferentes Estados que integran la comunidad jurídica relevante a efectos de juzgar la necesidad de la medida y si el grado de restricción del derecho es apropiado. En palabras de IGLESIAS: “el hecho de que otros estados hayan conseguido la misma finalidad con medidas menos restrictivos es una razón para dudar, salvo prueba en contrario, que la medida impugnada fuera realmente necesaria”<sup>890</sup>.

Vale recalcar que en la noción holística del principio de subsidiariedad el solo hecho de que exista mayor cercanía y relación de control entre los ciudadanos y las autoridades locales no debe ser el *argumento definitivo* para la deferencia de un tribunal supranacional en favor de uno nacional. Más bien, la deferencia estará justificada siempre que la medida haya sido adoptada de forma imparcial o con miras de neutralidad, esto es sin discriminación y sin favorecimientos a un determinado grupo social; y, además, que la medida adoptada justifique no ser incompatible con los derechos básicos sino más bien un mecanismo de promoción de aquellos<sup>891</sup>.

Aplicando los elementos apuntados anteriormente para el caso de la Corte IDH en materia de justicia transicional se pueden fijar ciertos elementos orientadores para una doctrina de deferencia<sup>892</sup>:

---

<sup>889</sup> IGLESIAS, Marisa. "El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? (Una mirada desde Europa)". *SELA, Yale Law School*, 2017, p.15.

<sup>890</sup> Ídem.

<sup>891</sup> Ídem, pp. 16-17.

<sup>892</sup> No tiene sentido utilizar la doctrina del MDAN si no se concretan elementos normativos que permitan identificar cuando procede o no la deferencia y aquello no se puede hacer en abstracto sino de forma

## a) Determinación del consenso jurídico en la comunidad de Estados

En primer lugar, el examen sobre si se debe aplicar la doctrina del control de convencionalidad o el MDAN debe partir de que la Corte IDH verifique cual es el estándar sobre interpretación, alcance y posibles limitaciones del derecho en cuestión. Existen al menos dos formas de realizar esta tarea, una de ellas –la que debe descartarse– consiste en innovaciones judiciales sin respaldo en el texto del tratado, pero justificadas “en los derechos de las víctimas” o “el espíritu de la convención”. Una forma más constructiva de llevar a cabo esta tarea consiste en verificar el nivel de consenso sobre la cuestión surgida a partir del análisis de los sistemas jurídicos y la jurisprudencia nacional.

Este tipo de ejercicio no es absoluto despreciable y brinda unas pautas claras. Por ejemplo, en el caso del indulto aplicado a crímenes internacionales, la Corte IDH ha determinado la prohibición general de este no en base “al espíritu de la convención” o (solamente en) “los derechos de las víctimas”, expresiones que resultan ciertamente debatibles por su alto contenido retórico pero poca justificación normativa, tanto en lo doctrinario como en el texto del tratado. En efecto, ninguna disposición de la CADH, ni siquiera la que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, reconoce un derecho a la ejecución de la pena a favor de la víctima. En todo caso, lo positivo en este ejemplo es que el tribunal interamericano fundamenta su interpretación en base a los textos constitucionales y disposiciones legales de varios Estados miembros del SIDH. En particular, en relación al indulto en casos de graves violaciones de DDHH señaló que:

...la normativa de diversos Estados de la región, miembros de la Organización de Estados Americanos, tales como Argentina , Colombia , Ecuador , Honduras , México , Nicaragua , Panamá , Paraguay , Uruguay y Venezuela , evidencian una tendencia regional orientada a la prohibición expresa del indulto, entendido como la facultad del Poder Ejecutivo o Legislativo de extinguir, conmutar o perdonar la pena impuesta por sentencia firme, cuando se trata de determinados delitos que constituyen graves violaciones a derechos humanos o

---

focalizada en áreas temáticas so pena de que los elementos sean maleables y, en consecuencia, ineficaces para el propósito. Como ha dicho BAYÓN: “Una teoría de la deferencia, en suma, tiene que ver con la existencia de posibles razones de legitimidad institucional por las que alguien debería dejar en suspenso su propio punto de vista frente al de otro. Y si ese trasfondo de razones está compuesto por ingredientes de diversos tipos, las distintas formas en que estos se articulen o conjuguen deberían dar lugar a otras tantas teorías complejas o refinadas de la deferencia, esto es, a diferentes propuestas normativas que detallan en qué circunstancias precisas debe entrar en juego, con qué fuerza –mayor en un tipo de casos, menor en otros– y también, por supuesto, cuándo esa autocontención no procede en absoluto”. Vid. BAYÓN, Juan Carlos. “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *Anuario de filosofía del derecho*, 2013, no 29, p. 69.

de crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión). De ellos, la legislación especial de Argentina, Paraguay y Uruguay adoptan tal prohibición con base en las disposiciones del referido Estatuto de la Corte Penal Internacional e, incluso, en el caso de Paraguay y Uruguay, dicha legislación indica que se adopta, respectivamente, con el fin de “implementar” dicho Estatuto y de “cooperar [...] con la Corte Penal Internacional” en materia de lucha contra los crímenes establecidos en el referido Estatuto. También las legislaciones de otros Estados como Bolivia, Brasil, Chile y Perú poseen normas que prohíben el indulto o perdón de la pena para aquellos actos delictivos considerados en cada derecho interno como los más graves o para los delitos sancionados en sus jurisdicciones con las máximas penas, incluyendo algunas graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad<sup>893</sup>.

Se podría formular entonces el principio de que *cuánto menos consenso exista en el sistema jurídico y la jurisprudencia nacional de los Estados del SIDH sobre el alcance específico de un derecho convencional en un contexto particular, entonces mayor margen de apreciación deberá concedérsele a los Estados* siempre que se cumplan en el resto de requisitos que a continuación se detallan. Aplicado a la justicia transicional, podría decirse que existe consenso doctrinario y judicial en el sentido de que la amnistía en blanco, la auto-amnistía y el indulto por motivos políticos están claramente prohibidos en casos de crímenes proscritos por el DPI, mientras que existe margen de apreciación nacional favorable a estrategias de selección y priorización en casos de violencia masiva a falta de consenso regional y universal sobre la cuestión<sup>894</sup>.

## **b) La evaluación del contexto de aplicación de la medida**

Los criterios para establecer si en un caso concreto corresponde aplicar el MDAN son cumulativos de forma tal que a falta de uno de ellos debe aplicarse el estándar común fijado por medio del control de convencionalidad so pena de incurrir en particularismos que deshagan cualquier intento de uniformidad que tiene como fin último garantizar seguridad jurídica tanto para el Estado como para las víctimas. Bajo ese entendimiento, el segundo requisito para aplicar el MDAN en el ámbito específico de la justicia

---

<sup>893</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”*. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 44.

<sup>894</sup> “En lo que respecta a este punto, la Corte reitera que no es un órgano de cuarta instancia y que no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de determinado mecanismo de priorización establecido a nivel nacional con relación a otro. *Únicamente correspondería semejante análisis cuando pueda existir un notorio o flagrante apartamiento de lo dispuesto en la norma interna que esté en violación del deber de debida diligencia o de las garantías judiciales protegidas en la Convención Americana, situación que no aparece con claridad en el presente caso*”. Cursiva añadida. Cfr. Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 231.

transicional por parte de la Corte IDH consistiría en *la verificación objetiva de una situación de violencia masiva que impida al Estado ejercer a plenitud la potestad jurídico-penal en todos y cada uno de las graves violaciones de DDHH cometidas en su territorio.*

Para ello, es posible apoyarse en informes que reconozcan la existencia de un conflicto armado interno además de la comprobación de la incapacidad del sistema judicial nacional para investigar, procesar y juzgar una cantidad cuantitativamente verificable de casos. El elemento propuesto puede vincularse con algunas nociones de la jurisprudencia interamericana como el concepto de “necesidad” y de “interés público imperativo”. En efecto, *la restricción a la obligación internacional de investigar, procesar y sancionar debe ser resultado de una situación imperiosa y no consecuencia de que el Estado la considere meramente útil u oportuna*<sup>895</sup>.

Visto en un ejemplo, no cumpliría con la verificación de contexto propuesta una limitación al deber de investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales que se adopte con el mero propósito de lograr la reconciliación posterior a momentos de protesta social, estados de excepción e inclusive en casos de nuevos gobiernos democráticos tras la transición de una dictadura. Como se puede apreciar, el estándar propuesto es exigente pues se demanda un peligro actual –ni siquiera inminente– que se traduzca en la violación de DDHH de las personas por parte de agentes no estatales y la demostración de la incapacidad del Estado para reaccionar efectivamente frente a ellas.

### **c) La calidad democrática de la medida**

Cualquier medida estatal que limite la obligación consistente en investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales debe ser instrumentada por un *régimen democrático-robusto*<sup>896</sup> y por medio de una *ley en sentido formal pero también en sentido material, es decir, debe ser aprobada por el procedimiento constitucionalmente previsto y gozará*

---

<sup>895</sup> Vid. En otro contexto, Corte IDH. *Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46.

<sup>896</sup> Evidentemente, la democracia es un presupuesto básico para cualquier grado de deferencia, sin embargo, aquí se alude a un concepto de *democracia robusto* que incorpora también procesos de deliberación participativos. En esa medida, algunos Estados formalmente democráticos no merecerían deferencia judicial de no cumplir con normas básicas que comúnmente se reflejan en indicadores internacionales como *Democracy Index*. Vid. FOLLESDAL, Andreas. "Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights - or Neither". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, 2016, p. 158.



de mayor presunción de legitimidad cuando aquella haya sido declarada exequible por el tribunal constitucional del Estado en cuestión. Se demanda además que el Estado pruebe (carga probatoria) la idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada en el marco de la justicia transicional<sup>897</sup>. En caso de contradicción entre estándares locales y convencionales la declaratoria de inconveniencia debe ser de última ratio ante la imposibilidad de interpretación conforme pudiendo la Corte IDH limitarse a reconocer la violación del derecho en el caso concreto y requerir al Estado la modulación de la medida.

#### **d) La justificación instrumental de la medida**

La justificación instrumental de la medida consiste en una demostración, a cargo del Estado, en la que se expliquen las *razones por las que el no otorgamiento de un margen razonable de apreciación nacional sería perjudicial para la mejor protección de los derechos de las víctimas*. Dicho de otro modo, el Estado debe demostrar como la intervención de la Corte IDH sería menos positiva que su abstención<sup>898</sup>. Esto puede suceder cuando el Estado haya iniciado un plan de reparaciones masivas que prescindiera de la necesidad de una sentencia judicial para acreditar la situación de víctima, como sucedió por ejemplo en Colombia con la declaratoria de estado de cosas inconstitucional del desplazamiento forzoso de la población colombiana en el marco del conflicto armado<sup>899</sup>.

En línea con lo dicho hasta aquí, respecto a la reparación de las víctimas, LONDOÑO-LÁZARO, GUTIÉRREZ-PERILLA y ROA-SÁNCHEZ han brindado un ejemplo concreto de la aplicación del principio de subsidiariedad en el caso colombiano señalando que aquel:

---

<sup>897</sup>Idem, p.156.

<sup>898</sup> En ese sentido, “los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados como hemos visto en normas internacionales, al igual que otros derechos humanos de carácter asistencial consagrados en diversos instrumentos internacionales, sirven como insumos para la elaboración y ejecución de políticas públicas encaminadas a atender a las víctimas del conflicto armado.” Vid. SIERRA-PORTO, Humberto. “La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009, p. 187.

<sup>899</sup> La doctrina del estado de cosas inconstitucional surge en Colombia en 1997 y se utiliza cuando “se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural” y tiene como objeto ordenar “remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela”. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, con ponencia de los magistrados: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, p. 81.

...impondrá a los órganos internacionales de derechos humanos un especial self-restraint para dictaminar reparaciones por fuera del sistema nacional. Se acude a esa autorrestricción 1) para pronunciarse sobre casos relacionados con el conflicto armado y declarar la responsabilidad internacional del Estado respecto a ellos –ya que uno de los elementos que permite señalar que un ilícito internacional ha sido subsanado en el ámbito interno es precisamente la reparación adecuada de las víctimas–; o 2) por lo menos, para abstenerse de ordenar reparaciones externas al sistema nacional. En este sentido, la fuerza del bien común al que se aspira para los colombianos tendrá que servir para contener reparaciones exorbitantes que quieran obtenerse por fuera del modelo que se ha diseñado para hacer frente a un pasado con el que tenemos que hacer las paces para dejar de recordarlo<sup>900</sup>.

Igualmente, se demostraría la superioridad instrumental de la medida nacional si el Estado ejercita el poder penal en contra de los “máximos responsables” además de un juzgamiento simétrico a otros actores del conflicto que sea cuantitativa (el mayor número de personas responsables posibles) y cualitativamente relevantes (los crímenes más graves por su modalidad, intensidad, o sistematicidad). Adicionalmente a lo comentado, un Estado demostraría la justificación instrumental de la limitación de la obligación de investigar, perseguir y sancionar si adopta una estructura orgánica –por ejemplo, el sistema JEP– que *a priori* se perciba como más eficaz que la propia jurisdicción interamericana.

#### **5.4. Conclusiones del capítulo**

Pocos se han planteado la necesidad de un verdadero diálogo entre tribunales nacionales y el tribunal interamericano para construir los estándares en casos de violencia masiva. Aquí se han analizado algunos argumentos, algunos de sustancia y otros instrumentales, que apuntan a la necesidad de que la Corte IDH conceda cierta deferencia y margen de actuación a los Estados parte. Los motivos instrumentales están relacionados al propio sistema interamericano pues la CIDH y la Corte IDH tienen escaso presupuesto y una carga procesal más que considerable que la hacen de facto un foro inviable para discutir la totalidad de casos relacionados a la violencia masiva. Sumado a lo anterior, el cumplimiento de sus decisiones es relativamente bajo por parte de los Estados lo que puede minar la legitimidad percibida del tribunal, haciéndolo ver como ineficaz.

La deferencia parte de la idea de que los Estados por motivos de proximidad y control de la ciudadanía están en mejor posición para evaluar la conveniencia de una medida.

---

<sup>900</sup> LONDOÑO-LÁZARO, María Carmelina, GUTIÉRREZ-PERILLA, María Del Pilar y ROA-SÁNCHEZ, Paula Andrea. "El papel de las reparaciones en la justicia transicional colombiana: aportes desde una visión teleológica." *International Law*, No. 30, 2017, p. 146.

En todo caso, para adoptar un enfoque de deferencia aquí se ha propuesto un examen, en el marco del artículo 32 de la CADH, en el que el Estado tenga la carga de demostrar que la medida es necesaria, idónea y ha sido adoptada por medio de una ley. El examen de una medida adoptada por el Estado debe hacerse valorando también el consenso sobre la interpretación del derecho que existe en la comunidad jurídica; el contexto de hecho; la calidad democrática de la medida y la justificación instrumental de aquella. Lejos de ser un parafraseo de los requisitos del artículo 32 de la CADH, constituyen criterios específicos que resultan de utilidad en el marco de las obligaciones estatales en materia de justicia transicional.

Ciertamente, existe consenso jurídico en que las amnistías en blanco y los indultos están generalmente prohibidos según se desprende de la jurisprudencia de la Corte IDH y de varias constituciones de los Estados parte. Sin embargo, no existe consenso jurídico ni pronunciamiento expreso de la Corte IDH sobre las amnistías condicionadas ni sobre la selección y priorización de casos. Siendo la seguridad jurídica un valor deseable para toda la comunidad internacional, ante la falta de consenso sobre medidas que satisfacen, al menos parcialmente el interés de la justicia, la Corte IDH debería ser cauta y analizar, en primer lugar, la jurisprudencia de los tribunales supremos o constitucionales que ya se hayan pronunciado al respecto.

Luego cabe valorar el contexto de hecho, el Estado debe demostrar objetivamente la incapacidad de cumplir con todas las obligaciones del derecho internacional de forma simultánea, además de demostrar que se encuentra en medio de un conflicto armado. Posteriormente cabe valorar la legitimidad democrática de la medida adoptada que se refleja, principalmente, en que sea formalmente una ley (estando claramente descartada la legitimidad de una auto-amnistía), debiendo, además, demostrar que el proceso de toma de decisión fue participativo e incluyente y que la decisión no es discriminatoria o pretende beneficiar a un grupo particular.

Para concluir, el Estado debe demostrar como la medida adoptada tiende, de forma *cuantitativa* y *cualitativa*, a maximizar el goce de los DDHH dado el contexto, así como prevenir futuras violaciones de aquellos. Conforme lo expuesto, el caso de Colombia demostraría el cumplimiento de estos parámetros específicos derivados a partir del artículo 32 de la CADH pues el marco jurídico para la paz ha sido adoptado por el órgano legislativo y sometido a control constitucional. Se focaliza cualitativamente la

potestad punitiva del Estado en cabeza de los máximos responsables sin discriminar entre guerrilleros, militares e incluso civiles (financistas) y se adopta un programa de reparación integral con miras de ser masivo. Por ello, un *constitucionalismo transicional* como el que ha sido descrito merece deferencia internacional.

Ello tendría dos consecuencias prácticas. En primer lugar, una vez acreditados estos requisitos, la imposibilidad de declarar la medida adoptada por el Estado como contraria a la CADH y consecuentemente nula o “sin efectos”. En segundo lugar, generaría a favor del Estado una excepción de fondo para casos contenciosos en los que se impute como violación de DDHH la omisión de investigar, procesar y sancionar, siempre que aquel haya reparado a la víctima y demuestre que el uso de la potestad punitiva en el Estado responde a criterios públicos, previos y transparentes.

## CONCLUSIONES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

A lo largo del texto se ha estudiado el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el campo de la justicia transicional. Este estudio tuvo un enfoque descriptivo, crítico y también propositivo. De forma especial, la investigación se ha concentrado en el alcance de la obligación internacional de investigar, perseguir y, de ser el caso, sancionar crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, así como en el análisis jurídico sobre cómo comprender esta obligación en contextos de conflicto armado interno. Esta aclaración es muy importante en la medida que las conclusiones que a continuación se detallan no resultan aplicables a las transiciones de la dictadura a la democracia.

### *I. El concepto de justicia transicional*

La primera conclusión se relaciona a la disciplina en la que se enmarca el estudio. Como se sigue de lo desarrollado en el capítulo I, la justicia en tiempos de transición antes de ser considerada una disciplina fue un marco descriptivo surgido en la tercera ola de la democratización, desde el año 1970, que buscó estudiar los dilemas jurídicos y políticos de satisfacer los intereses de justicia, verdad y reparación en sociedades que transitaron el paso de la dictadura o de regímenes autoritarios a la democracia. En efecto, los grupos académicos que debatieron sobre las transiciones argentina, sudafricana, chilena, entre otras, no concebían a la justicia en tiempos de transición como una teoría de justicia en sí misma sino como una política pública en el marco general del DIDDHH.

Lo mencionado arriba condujo a que el conocimiento jurídico se volviere el punto de referencia epistemológico de la justicia en tiempos de transición. Igualmente, el debate más relevante en la literatura de esa época se centra en la cuestión penal. Como es conocido, las herramientas desarrolladas alrededor de la justicia transicional son básicamente las comisiones de la verdad, los procesos penales, las amnistías, la reinstitucionalización y las medidas de reparación.

En esa lógica, la discusión principal consistía en evaluar los beneficios y desventajas de adoptar una política de olvido o maximizar los juicios penales. Los pragmáticos, como Bruce ACKERMAN, abogaban por no desgastar la legitimidad del nuevo gobierno en juicios políticos que pudieran poner jaque a la transición y más bien enfocarse en medidas de reinstitucionalización. En cambio, los principialistas, como Diane

ORENTLICHER, defendían que la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de la violencia masiva constituía una obligación inderogable. Otras posturas, como la defendida por Carlos NINO, cuestionaban la existencia de una obligación de carácter absoluto y abogaron por el ejercicio del derecho penal dentro de las capacidades de cada Estado acompañados, usualmente, por comisiones de la verdad.

Ya a comienzos del siglo XXI se puede afirmar sin duda que la justicia transicional ha sido objeto de una ampliación importante tanto en su concepto como en el objeto de estudio como ha apuntado Pablo DE GREIFF. De esta forma, el ámbito del campo se extendió también a los estudios de paz y la terminación de los conflictos armados. Esta extensión produjo que el marco conceptual no se limite al DIDDHH, sino que se extienda al DIH y al DPI, pero también a la economía, la sociología, la psicología y otras disciplinas que cuestionaron el enfoque liberal de la justicia de transición y propusieron un enfoque social-demócrata que resulta más compatible con la idea de paz positiva. Según este enfoque, la transición no debe conformarse con un régimen democrático pues la falta de atención a las inequidades extremas puede producir la renovación de ciclos de violencia.

La justicia transicional tiene un contenido jurídico innegable desarrollado a partir de la producción de instrumentos normativos desde 1945 y que se ha consolidado en el siglo XXI con un tribunal penal permanente y tribunales regionales de DDHH que limitan el margen de actuación de los Estados parte de los respectivos tratados. En ese sentido, puede afirmarse que la justicia transicional es, hoy en día, una disciplina autónoma.

Quizá el estándar normativo más adecuado para justificar las medidas en el marco de la justicia transicional es la metodología de la ponderación de principios, desarrollada ampliamente por Robert ALEXY. En esa medida cualquier restricción a intereses fundamentales del Estado como la necesidad de revelar la verdad de los hechos, castigar a los responsables de la violencia masiva, reparar a las víctimas y re institucionalizar la función pública debe ser cuidadosamente balanceada con el interés fundamental de consolidar la paz positiva en sociedades que atraviesan conflictos armados. Si bien existen críticas importantes al método de la ponderación, no parece existir un sustituto adecuado de momento. En cambio, sí se cuentan con instrumentos para racionalizar y controlar la aplicación subjetiva de este método. Como se expresa adelante, en esta tarea juegan un rol fundamental los tribunales constitucionales, regionales e internacionales.

## ***II. La amnistía en el derecho internacional y derecho constitucional***

La amnistía propiamente dicha es una expresión de la soberanía nacional de carácter discrecional que elimina tanto el elemento de la antijuridicidad como el de culpabilidad y en ese sentido impide la investigación, procesamiento y la sanción de un delito. La regulación de la amnistía en el derecho internacional es fragmentaria e insuficiente. De hecho, la prohibición de dictar amnistía para determinados crímenes es excepcional en perspectiva del derecho positivo, como demuestra, por ejemplo, el artículo 18 de la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas<sup>901</sup>. De otro lado, varios instrumentos reconocen la validez de la aplicación de amnistías en el caso de que la pena que corresponda sea el castigo capital, como demuestran el artículo 4 párrafo 6 de la CADH y el artículo 6 párrafo 4 del PIDCP. Finalmente, el artículo 6 párrafo 5 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional permiten la amnistía al cese de las hostilidades en la medida “más amplia posible”.

Sin embargo, esta última disposición ha sido interpretada ampliamente en el sentido de que no es válida una amnistía dictada para favorecer graves violaciones del DIH. De esta manera, una importante conclusión sería, siguiendo a Mark FREEMAN, que el derecho internacional regula muchos aspectos como los motivos legítimos para la intervención armada, así como las reglas de la guerra, pero no brinda instrumentos satisfactorios que regulen la terminación del conflicto armado.

Ahora bien, el derecho de gracia, reflejado en amnistías e indultos, que por antonomasia se consideraron como una potestad discrecional y producto del ejercicio de la soberanía nacional se conceptualizan en el siglo XXI de una forma totalmente distinta. De este modo, en el ámbito de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y otras graves violaciones de DDHH, existe una evidente tendencia global, ratificada en el constitucionalismo latinoamericano (*Barrios Altos y la Cantuta v. Perú, supervisión de sentencia, 2018*)), a estimar que aquellos son, *a priori* y salvo prueba en contrario,

---

<sup>901</sup> Cuyo texto reza: “1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. 2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada”.

contrarios a derecho internacional como se colige de los principios de la lucha contra la impunidad adoptados en el seno de la ONU.

A manera de reflexión teórica, las *amnistías en blanco* aplicadas a crímenes internacionales son inadmisibles en el derecho internacional y si de hecho se conceden no impiden que el Estado que las otorgó, un tercer Estado o la CPI inicien posteriormente su investigación, procesamiento y sanción. En cambio, *las amnistías impropias, también llamadas condicionales*, que impliquen un equivalente funcional de la pena por exigir la revelación de la verdad, el desarme, la reparación y que sean revocables en caso de incumplimiento, serán admisibles ante el derecho internacional en la medida que excluyan de su ámbito de aplicación a los máximos responsables. Finalmente, una *amnistía condicionada* que tenga como objeto crímenes internacionales y, en lo subjetivo, a los máximos responsables solamente sería admisible, bajo un examen exhaustivo, ante el derecho internacional *como último recurso* debiendo cumplirse los estándares de una causa de exclusión de responsabilidad internacional como caso fortuito, fuerza mayor o estado de necesidad.

### ***III. Las desventajas de una amnistía propia o en blanco***

Las desventajas jurídicas de que un Estado adopte una amnistía incondicionada en favor de sujetos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra, genocidio u otras violaciones graves de DDHH son manifiestas. En primer lugar, ningún Estado está jurídicamente obligado a reconocer en su territorio una medida discrecional adoptada por otro ya que, dada la especial naturaleza de estos crímenes, habilitan a que cualquier Estado pueda investigar, procesar y sancionar aquellos sin importar el paso del tiempo (jurisdicción universal e imprescriptibilidad). En segundo lugar, es pacíficamente aceptado en la doctrina y también por la CPI que las amnistías puras están en clara oposición con el derecho internacional como demuestra, por ejemplo, la decisión a favor de la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi. Con ello, queda claro que una amnistía, al menos en los términos concretos del caso referido, esto es, una amnistía



general, incondicionada y cuyo objeto sean los crímenes tipificados por el ECPI no tienen la capacidad de tornar inadmisibile un caso ante el tribunal penal internacional<sup>902</sup>.

Siendo más detallista con la afirmación precedente, habría que aclarar que en puridad una amnistía condicionada adoptada bajo el marco de la justicia transicional tampoco tiene la capacidad de tornar un caso inadmisibile ante la CPI en razón de que no se prevé aquella como uno de los supuestos del artículo 16 del ECPI. Dicho de otro modo, en ningún caso la CPI se encuentra vinculada por una norma jurídica local toda vez que no es derecho aplicable en los términos del artículo 21 del ECPI. En ese sentido, aunque se apliquen “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen”<sup>903</sup>, debe entenderse que la CPI no se encuentra vinculada a una norma jurídica local incompatible con el derecho internacional y estándares internacionalmente reconocidos. Hipotéticamente, la decisión de no abrir una investigación o inadmitirla en caso de una amnistía condicionada se basa en la aplicación del *principio de oportunidad no reglado*<sup>904</sup>.

#### ***IV. La inexistencia de un deber absoluto de persecución penal***

El DPI, el DIDDHH y el DIH lograron consolidar por medio de la costumbre internacional y la interpretación teleológica de un conjunto de tratados internacionales y regionales, entre los que merece mención especial el ECPI, una obligación internacional consistente en investigar, procesar y sancionar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Un considerable sector de la doctrina y también la Corte IDH han considerado que se trata de una obligación con carácter de *ius cogens* (norma imperativa de derecho internacional) que no admite suspensión o derogatoria ni aún bajo los supuestos de exclusión de responsabilidad internacional del Estado como pueden ser la fuerza mayor, el caso fortuito o el estado de necesidad.

---

<sup>902</sup> Cfr. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares. *Fiscal v. Saif Al-Islam Gaddafi: No. ICC-01/11-01/11*. “Decisión sobre la “Objeción de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gadafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma”, 5 de abril de 2019, párr.77.

<sup>903</sup> Artículo 21. 1 (C), EPCI.

<sup>904</sup> Según, el artículo 53. 2(C) del ECPI, el Fiscal de la CPI puede archivar una investigación si el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias...”. Según el artículo 17.1 (D) del ECPI, la CPI resolverá la inadmisibilidad cuando “El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

En esa línea de pensamiento, existen dos obligaciones indisociables, una de carácter negativo y otra positiva. Así, resulta imperativo que un Estado se abstenga de ejecutar por medio de sus agentes o por terceros los delitos arriba señalados. De otra parte, la obligación positiva obliga al Estado a investigar, procesar y sancionar, en todos los casos pues se trata de una norma inderogable, los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra. En el caso de la Corte IDH se ha fundamentado esta obligación en el artículo 2 y 25 de la CADH que imponen un deber de desarrollar leyes y otras medidas para garantizar derechos fundamentales. Adicionalmente, se ha dicho que constituiría un contrasentido –laguna axiológica– que exista una prohibición respecto de determinados crímenes que pueda ser soslayada por una amnistía.

En este trabajo se defiende, junto a GRECO, que únicamente la obligación negativa de que el Estado no ejecute los mencionados crímenes puede tener el rango de norma imperativa e inderogable de derecho internacional mientras que la obligación positiva no puede, en ningún caso, constituirse como exigencia absoluta. La afirmación anterior descansa sobre el principio universalmente aceptado de que a nadie puede exigírsele el cumplimiento de una obligación físicamente imposible y, además, en la idea de que una norma que obliga a actuar puede ceder eventualmente frente a otra norma, también válida, pero de interés social prevalente. Con ello no se niega la existencia o se deroga el deber general a cargo de los Estados consistente en investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales, pero se abre una ventana para afirmar que no necesariamente debe ser ejercido en todos y cada uno de los casos.

El *ius cogens* es a todas luces un concepto jurídicamente indeterminado de ahí la dificultad de establecer un catálogo exhaustivo de las normas que poseen tal carácter. En todo caso, la doctrina suele nombrar obligaciones de carácter negativo, como la prohibición del genocidio, la agresión interestatal o la esclavitud, pero no una obligación positiva como la de investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales. Sumado a que resulta bastante discutible vincular este deber al concepto de *ius cogens*, también podría argumentarse en el sentido de que aún este tipo de normas pueden ser derogadas por otras del mismo carácter, como el mantenimiento de la paz que es el propósito último reflejado en la Carta de la ONU.

Debe mencionarse en apoyo a la idea de que el deber de investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales no es de carácter *ius cogens* que el artículo 53 del ECPI que

regula la actuación del poder penal internacional señale que el Fiscal de la CPI puede abstenerse de investigar un crimen de competencia de la CPI, previa confirmación de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI si “[e]xisten 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”. Adicionalmente, el Consejo de Seguridad de la ONU tiene la *potestad* de suspender investigaciones en la fiscalía de la CPI o inclusive de procesos penales que se encuentren en fase de juzgamiento ante la CPI hasta por un plazo de doce meses –aunque puede ser renovado de forma ilimitada– y sin necesariamente aludir a conceptos como el “interés de la justicia” ya que la el artículo 16 del EPCI únicamente exige una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad, por cierto, sin que la Fiscal de la CPI o el propio tribunal puedan negarse.

No se puede ignorar, como insistentemente ha argumentado Daniel PASTOR, que el Derecho penal como instrumento de control es inescindible de una sociedad concreta. De ahí que resulte paradójico un deber absoluto y universal de investigar, procesar y sancionar crímenes de carácter internacional sin que al mismo tiempo exista también una obligación universal de contribuir con medios económicos a prevenir que esos crímenes se vuelvan a cometer a futuro. Es cierto que el sistema del DPI aparece como asimétrico en el sentido de que solamente los países más pobres y débiles en términos democráticos son territorios propensos a la violencia masiva, mientras que los países más desarrollados en términos económicos y de Estado de Derecho se encuentran virtualmente fuera del mapa del poder penal internacional. En esas circunstancias, un DPI democrático debería operar bajo un constitucionalismo global que no tendría legitimidad si se limita a exigir el castigo, pero no a contribuir a la prevención general positiva del delito.

Como conviene advertir, de ninguna manera se pretende justificar o defender el cometimiento de los crímenes más atroces, simplemente se trata de resaltar que el poder penal internacional es sumamente frágil como demuestra, por ejemplo, el hecho de que la Sala de Cuestiones preliminares de la CPI haya denegado a la Fiscal de la CPI la posibilidad de investigar posibles crímenes de competencia de la Corte perpetrados por la milicia de EE. UU en Afganistán. Conforme mencionó el tribunal “se cumplen todos los requisitos relevantes, tanto en lo que respecta a la jurisdicción como a la admisibilidad” del caso, pero “las perspectivas de una investigación y un procesamiento

exitosos son extremadamente limitadas”<sup>905</sup>. De hecho, EE.UU. reaccionó inmediatamente revocando el visado de la Fiscal de la CPI Fatou Bensouda.

Entonces, en el marco de esta reflexión final solo queda afirmar que la investigación, persecución y sanción de los crímenes internacionales sigue primordialmente en manos de cada Estado. Si esto es así, no se puede rechazar el principio de que el poder penal debe compatibilizar el deber general derivado de la conciencia jurídica universal con las necesidades imperantes de la sociedad directamente afectada por la violencia masiva. Si esto es así, entonces los Estados que se disponen a cooperar con la CPI y la Corte IDH merecen un margen de deferencia razonable.

### ***V. El impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en la justicia transicional***

Resulta necesario anotar que el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de amnistías y justicia transicional ha logrado superar las fronteras del continente americano. Así, de una revisión de las sentencias del TEDH y la CPI es posible percatarse que las sentencias hito del tribunal interamericano (por ejemplo, *Velázquez Rodríguez v. Honduras (1988)* y *Barrios Altos v. Perú (2001)*) son la primera cita de texto de estas autoridades, es decir, constituyen el principal nicho de conocimiento que sirve como insumo a efectos de interpretar y aplicar el tratado internacional respectivo.

Aquello puede explicarse claramente bajo el argumento histórico pues a pesar de que la Corte IDH entró en funciones recién el 29 y 30 de junio de 1979, mientras que el TEDH se constituyó en 1959, veinte años antes que el tribunal interamericano, lo cierto es que en Europa la cuestión de la amnistía no fue tratada exhaustivamente ni por la Comisión EDH ni por el TEDH por tres motivos: en aquella época no existía el recurso directo de los particulares al sistema europeo, tampoco existían conflictos armados internos de tal relevancia que ameriten un análisis profundo de la institución de amnistía; y, finalmente, porque el TEDH ha limitado considerablemente su competencia retrospectiva en base a hechos ocurridos con anterioridad a la ratificación del CEDH<sup>906</sup>,

---

<sup>905</sup> Público, “*La Corte Penal Internacional rechaza investigar a EEUU por la guerra de Afganistán*”. Disponible en: <https://www.publico.es/internacional/eeuu-corte-penal-internacional-rechaza-investigar-eeuu-guerra-afganistan.html> (consultado: 04/09/2019).

<sup>906</sup> Por eso se reconoce a la Corte IDH como un “tribunal transicional” mientras que no sucede lo mismo con el TEDH. Al respecto, vid. SCHÖNSTEINER, Judith. “The Case-Law on International Crimes in

por ejemplo, imponiendo a los familiares de víctimas desaparecidas un deber de diligencia procesal cuyo incumplimiento conlleva la inadmisibilidad del caso aún en el supuesto de graves violaciones a los DDHH de carácter continuado. Esto implica en la práctica una importante restricción para pronunciarse sobre leyes de amnistía que hubieren sido relevantes en este tipo de casos (*Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz v. España (2012)*).

En cambio, la CPI entró en funciones luego de la entrada en vigor del ECPI en 2002, lo que fácilmente explica la razón para que este tribunal se nutra de los desarrollos previos de otros entre los que se encuentra la Corte IDH. No es este el espacio oportuno para reiterar los motivos histórico-políticos que hicieron de la revisión en clave de DDHH de las leyes de amnistía una de las principales tareas del tribunal interamericano, pero sí es lugar adecuado para dejar sentado que toda la jurisprudencia desarrollada hasta el momento en tema de amnistías se produjo en el marco de dictaduras y no de procesos de justicia transicional.

El diálogo judicial, podría decirse, ha quedado estancado en perspectiva horizontal. Si bien es cierto que la Corte IDH impulsó una potente jurisprudencia sobre lucha contra la impunidad y amnistías, no es menos cierto que la conversación se ha mantenido prácticamente en los mismos términos: la amnistía está prohibida de forma general cuando su objeto son crímenes tipificados por el ECPI o graves violaciones a los DDHH. Es decir, los tribunales regionales e internacionales no han discutido seriamente, hasta ahora, la posibilidad de compatibilizar las amnistías condicionadas con las obligaciones que derivan del derecho internacional cuando se trata de un Estado en medio de un proceso de justicia transicional. Sin embargo, no parece que la conversación entre tribunales permanezca estancada con miras al futuro en la medida de que los tribunales constitucionales, como partícipes del diálogo vertical, comienzan a brindar tanto razones instrumentales como de principio para analizar críticamente y proponer nuevas soluciones relacionadas al estado actual de la obligación de investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales y graves violaciones de DDHH en el marco de la justicia transicional.

---

Transitional Justice Settings in the Inter-American and European Human Rights Courts: Common Standards and Differences." SSRN 2992664, 2015, pp.5-6. Disponible en: <file:///C:/Users/u126188/Downloads/SSRN-id2992664.pdf> (última consulta: 30/09/2019).

Los lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH, si deben resumirse brevemente, consisten en que las auto amnistías son nulas y no pueden surtir ningún efecto (*ex tunc*) por no ser “leyes” en los términos del Pacto de San José. Las víctimas tienen derecho a la verdad, justicia y reparación y en esa lógica, el juicio penal y la pena del victimario constituyen una forma de satisfacción de la víctima que no puede ser sustituida por comisiones de la verdad, que en todo caso serán complementarias. Estos delitos son inamnistiables aún cuando la decisión haya sido aprobada en un régimen democrático o por medios de democracia directa. Otras medidas del tipo indulto –menos lesivo de los derechos de la víctima– constituyen la última opción en casos exclusivamente *humanitarios*, que deben ser concedidos de forma reglada y no discrecional. En resumen, la lucha contra la impunidad obliga a que todos y cada uno de los delitos cometidos sean investigados, procesados y castigados.

## ***VI. Un derecho penal del enemigo fundado en los derechos humanos***

Evitando valoraciones, y limitándome a la descripción de la realidad de lo avalado por la Corte IDH, es posible constatar la existencia de un derecho penal del enemigo del cuyo desarrollo teórico ha ocupado extensamente Günther JAKOBS, fundado paradójicamente en los DDHH. La idea principal es que los *ciudadanos* tienen perspectivas de enmendarse tras la comisión del delito y vivir bajo el derecho como parte de la sociedad. En contraposición, el *enemigo* es aquel que reincide en el delito y que no presta las garantías cognitivas necesarias de fidelidad a la norma por los que es considerado una *f fuente de peligro* que debe *combatirse*. Esa lucha no se produce de forma desordenada sino que se rige aún por el Derecho, pues la despersonalización del sujeto es solo parcial, pero es en a fin de cuentas un Derecho de excepción. Ese Derecho de excepción no pretende la reinserción del autor del delito a la sociedad sino que busca, más bien, separarlo de aquella y anularlo.

La doctrina queda bien ejemplificada con la dosimetría de la pena prevista en el artículo 77 del ECPI, esto es hasta treinta años o reclusión perpetua, o bien, con la doctrina de la proporcionalidad inversa de la Corte IDH según la cual los delitos más graves deben tener penas igualmente graves so pena de lesionar el derecho de la víctima a la justicia. Excluyendo otros argumentos que pueden resultar válidos para la discusión y con ánimo

de ejemplificar la cuestión, bastaría insistir con el caso del indulto a Fujimori en el que la prisión es una exigencia del derecho de la víctima, que desplaza el hecho de que el reo haya cumplido la mitad de la condena, sea un anciano en estado senil y seriamente enfermo (*Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú (2018)*). Digamos que aquí no importa la prevención general ni tampoco la especial como fin de la pena: *el castigo es un fin en sí mismo*.

Pero además de esta cuestión relativa a la teoría de la pena y al ámbito de la punibilidad, también se advierte una importante flexibilización del principio de taxatividad (derecho penal sustantivo) en el artículo 7(K) del ECPI por el cual también pueden ser crímenes de lesa humanidad “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

En el ámbito interamericano, también se maneja un concepto difuso en la medida que *todo crimen internacional en los términos del ECPI es una grave violación a los DDHH, pero no toda grave violación a los DDHH es necesariamente un crimen internacional de competencia de la ECPI (Bulacio v. Argentina (2003))*. Otro elemento interesante es la inaplicabilidad de la ley más favorable al reo (contraria al principio de favorabilidad y temporalidad de la ley) según el cual no se aplica la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho (*lex tempus commissi delicti*) en los casos de secuestro y se transforma el tipo penal en base a una ley posterior que tipifica la desaparición forzada. Este cúmulo de flexibilizaciones del derecho penal ha llevado a que algunos autores distingan entre un principio de legalidad “clásico” y un principio de legalidad “internacional” –evidentemente, con menos garantías–. Todo ello comporta consecuencias en lo tocante al derecho procesal penal del enemigo<sup>907</sup>.

Así, el ejercicio “excesivo” del derecho a la defensa o la negligencia de un juez en sustanciar la causa puede constituir un argumento para lesionar la garantía del *ne bis in idem* con la consecuencia de convertir delitos que no son crímenes del DPI en imprescriptibles automáticamente. De hecho, en alguna ocasión la Corte IDH calificó –

---

<sup>907</sup> El tema ha sido brillantemente expuesto en PASTOR MUÑOZ, Núria. “Was Bleibtreu übrig von dem Gesetlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? - Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel”. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Vol. 104, N° 4, 2018, pp. 455-487. En el trabajo se reconoce abiertamente que se trata de un derecho penal de excepción y de una relativización fuerte del principio de legalidad basada en un derecho suprapositivo.

ejerciendo auténticas funciones de tribunal penal— unos hechos juzgados a nivel local señalando que se trataba de un crimen de lesa humanidad, obligando así a reabrir el proceso a nivel nacional, todo esto, por cierto, sin que el individuo perjudicado tenga legitimación ante el tribunal interamericano para defenderse (*Almonacid Arellano v. Chile (2006)*). Pero además, para combatir al enemigo aparece como válido también anular —sin razones suficientes— juicios y sentencias expedidas por jueces imparciales e independientes en un proceso que concluya por absolución en base a la ausencia de pruebas, por ejemplo. Todo ello, porque nuevos hechos o nuevas pruebas acompañadas de “*las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in ídem*”. Si esto es así, entonces no se puede afirmar que el poder penal y el ciudadano litiguen en condiciones de igualdad.

Queda sobradamente probado que el enemigo ha de combatirse por todos los medios cuando se afirma la imprescriptibilidad de la acción y de la pena, la obligación de extraditar al sospechoso, la habilitación de la jurisdicción universal o la imposibilidad de conceder asilo al sospechoso del cometimiento de estos crímenes. Muchas de estas prohibiciones no tienen respaldo en el derecho positivo sino que se han producido por medio de la judicialización del *soft law*. No es este el espacio adecuado para valorar si todo esto es o no moralmente aceptable, pero sí el espacio propicio para efectuar un llamado a la honestidad: *para este derecho penal de excepción reflejado en el espejo de la jurisprudencia interamericana no todo ser humano es persona (Art.1.2. CADH), pues las garantías de los artículos 8 y 9 del Pacto de San José (garantías judiciales, principio de legalidad y de retroactividad) no aplican de la misma forma para todos. De cierta manera, la CADH mutó de un catálogo de derechos del procesado a una especie de código penal interamericano.*

## **VII. El lugar legítimo del perdón en el derecho internacional**

En todo caso, no entrar a valorar si debe o no existir un derecho penal como el descrito no constituye impedimento para afirmar que aquel régimen resulta incompatible con los fines que persigue la justicia transicional. Aquí el autor del delito no es un *otro absoluto* que se pretende neutralizar sino todo lo contrario, es un individuo al que se pretende reintegrar a la sociedad pues solo por medio de la pacificación positiva un Estado que se



precio de llamarse a sí mismo constitucional y social puede estar en condiciones de realizar las promesas constituyentes que pueden de florecer únicamente en ausencia de la guerra. Si ese es el fin último y el derecho penal un medio, los intereses del Estado en materia de justicia deben balancearse cuidadosamente y administrarse partiendo de que la pena se impone para reafirmar la expectativa cognitiva de la sociedad en la norma como pauta de conducta y, al mismo tiempo, procurando no impedir las posibilidades de reconciliación del victimario y la víctima.

Claramente el *perdón horizontal* es una decisión personal de la víctima que no puede y no debe ser forzado, porque se violaría su derecho fundamental a la libertad de conciencia. No ocurre lo mismo en cambio con el *perdón vertical*. Al Estado no le corresponde actuar como *longa manus* de la víctima, privatizando un conflicto que claramente excede la individualidad de ambos pues los crímenes masivos o de sistema no se pueden explicar idóneamente sin comprender y tratar sus causas. En esa lógica, *el perdón vertical del Estado consiste en tratar al enemigo como persona*, el proceso penal cumple aquí su sentido comunicativo, reprochando el mal causado, pero modulando la pena a fin de que las condiciones regulares en las que se ejecuta aquella –hacinamiento general de prisiones en América latina, quiebre de relaciones sociales y económicas– se constituyan en un impedimento desde el Estado para la reconciliación.

En el capítulo IV se analizó ampliamente la noción de perdón vertical arriba comentada. Como quedó expuesto, el caso colombiano resulta único en cuanto su complejidad jurídica, social e institucional. El diseño de un procedimiento penal especial, que exige –como equivalente funcional de la pena– la identificación, el desarme, la revelación de la verdad y la contribución con la reparación permite superar dificultades prácticas que de otro modo harían virtualmente imposible el procesamiento de crímenes internacionales. Las propias garantías del debido proceso, entre estas la exclusión de la prueba ilícita y el derecho a no declarar contra sí mismo, serían importantes impedimentos para investigar crímenes en los que la disponibilidad de prueba es mínima. Según se expuso, el hecho de que las penas oscilen –aún en concurso real– entre cinco y ocho años de restricción efectiva de la libertad en centros no penitenciarios no se contrapone con el ECPI toda vez que el artículo 80 de este tratado señala claramente “[n]ada de lo dispuesto en la presente parte [sobre la dosimetría de las penas

contempladas en el ECPI] se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional”.

Sin duda alguna, esta norma general tiene excepciones derivadas de la propia axiología del ECPI pero que resultan subsanables mediante la interpretación de otras cláusulas del tratado (en general artículo 17 del ECPI) por lo que si la decisión nacional fue “adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte” aquella no merecería deferencia alguna. Así, por ejemplo, queda claro que la suspensión de la pena para los *máximos responsables* sería inadmisibile. Finalmente, un sistema simétrico que también juzga a agentes del Estado merece respaldo antes que censura.

### ***VIII. Control de convencionalidad y justicia transicional***

La inacabable discusión sobre la legitimidad del control de constitucionalidad puede trasladarse sin problemas al ámbito internacional, siendo el objeto de crítica la doctrina del control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH. Según los críticos más notables, entre estos Jeremy WALDRON, y en nuestro medio, Roberto GARGARELLA, el control judicial de las leyes atenta contra la dignidad democrática del legislador, ignora que los derechos no están pre-configurados y que nuevas realidades siempre imponen nuevas discusiones que se zanján finalmente en base a una discusión moral. También se ha dicho que, al igual que la ciudadanía y el legislativo, los jueces también resuelven sus diferencias sobre la interpretación del Derecho por medio de la regla de la mayoría; y, que en el caso de la Corte IDH, pero en general, los tribunales internacionales, cuentan con menos legitimidad porque no lidian de primera mano con los problemas de una sociedad en particular.

La Corte IDH siguiendo claramente la doctrina de Luigi FERRAJOLI, ha indicado precisamente todo lo contrario, sosteniendo que los derechos fundamentales son un límite absoluto que no puede soslayar la democracia de las mayorías (*Gelman v. Uruguay (2011)*). Aquí, partiendo de la máxima de la experiencia según la cual los extremos nunca son buenos, se ha adoptado un argumento que permite compatibilizar ambas visiones. Según ha destacado ROA, sociedades como la colombiana, y en general las que intentan aplicar justicia transicional, distan por mucho de ser aquellas sociedades a las que se dirige WALDRON. En efecto, un sistema político en donde las

minorías tienden a ser excluidas y caracterizado por la pobreza y corrupción, no es un sistema infalible ni uno que merezca una deferencia ciega.

Partiendo de allí, el control de convencionalidad resulta plenamente justificado. Cuestión distinta es que ese control deba de operar bajo estándares diferentes a los existentes hoy que permitan la deferencia hacia el Estado siempre que se cumplan cuatro condiciones concretas: A.) la verificación de una situación de violencia masiva que, objetivamente, imposibilite al Estado cumplir con el procesamiento de todos y cada uno de los responsables de crímenes internacionales; B.) un procedimiento deliberativo en la toma de decisiones, que no implica un poder de veto a la víctima; C.) un diseño institucional y normativo que demuestre la voluntad del Estado en maximizar, dadas las circunstancias, los intereses de verdad (comisiones de la verdad), justicia (procedimiento penal especial) y reparación (planes masivos de reparación); y, D.) los precedentes y actuaciones de otros países de la región con situaciones similares.

El aporte de estos criterios que pueden servir como estándar de evaluación de una ley nacional consisten en una concreción de los elementos generales derivados a partir del texto de la CADH, estos son, que toda restricción a los objetivos generales que persigue el Pacto de San José (artículo 1) deben instrumentarse por medio de una ley que tenga un fin legítimo dentro de una sociedad democrática y que sea proporcional en cuanto a las limitaciones que impone. En todo caso, el mero hecho de que sea una propuesta en base a lo que ya establece el tratado no la torna en inútil dado que, en términos de seguridad jurídica, no existiendo tratados que regulen procesos transicionales y considerando que la jurisprudencia de la Corte IDH no se ha enfocado en analizar de forma consistente el legítimo margen de acción de los Estados en esta materia, puede al menos brindar una herramienta conceptual más apropiada en estos casos.

Ese enfoque de deferencia se justifica en la filosofía de división del trabajo y del principio de subsidiariedad que ha desarrollado IGLESIAS según la cual el criterio democrático no resulta definitivo –como si es para GARGARELLA– sino que es un factor más que debe acompañarse de una evaluación que permita identificar si la actuación de las autoridades nacionales resulta más beneficiosa en términos generales para la vigencia de los DDHH de lo que pudiera ser la intervención de un tribunal internacional. Acompaña a esta justificación de principio un importante cúmulo de razones prácticas que no resultan nada despreciables como el hecho de que el sistema de

peticiones individuales del SIDH está colapsado; hay una crisis producto de la falta de financiamiento del sistema –sin que aquí entremos a evaluar las razones–; hay reclamos diplomáticos sobre la actuación de la Corte IDH; y, que las reparaciones “transformadoras” son las que menor estadística de cumplimiento presentan.

Una concreción del examen de proporcionalidad como el expuesto puede brindar un marco común para el diálogo entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales, especialmente, cuando estos últimos se tomen en serio la jurisprudencia de San José como ha demostrado la Corte Constitucional de Colombia. Para concluir, y con ánimo aterrizar la discusión a la práctica, ello invita a reconocer como legítima la selección y priorización de casos y negar, de una vez por todas, el derecho fundamental de la víctima al castigo de su opresor.

*En pocas palabras, ni fiat iustitia et pereat mundus,  
ni in amnestia consistit substantia pacis.*

*Más bien, tanta justicia como el imperativo de la paz permita.*

*La concreción de esa máxima dependerá de un diálogo necesario y realista  
entre sociedad civil, autoridades locales e internacionales.*

## FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN

### LIBROS Y ARTÍCULOS

ABRÃO, Paulo y TORELLY, Marcelo. “El programa de reparaciones como eje estructurador de la justicia transicional en Brasil” en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp.441-476.

ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Vol.1 (foundations), Harvard University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. *The Future of the Liberal Revolution*. New Haven, Yale University Press, 1992.

ACOSTA, Paola. “De la ductilidad y otras angustias: los retos de la justicia interamericana en materia de justicia transicional”. *Foro Nueva época*, Vol.17, No.1, 2014, pp. 295-308.

ACOSTA-LÓPEZ, Juana. "The Inter-American Human Rights System and the Colombian Peace: Redefining the Fight Against Impunity." *AJIL Unbound*, No. 110, 2016, pp. 178-182.

\_\_\_\_\_ e IDÁRRAGA, Ana. “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 55-99.

AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas, 1era ed., 2001.

ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”. *Derechos y Libertades*, 2000, pp.21-41.

\_\_\_\_\_. "Una defensa de la fórmula de Radbruch". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, pp. 75-96

AMAYA-VILLARREAL, Álvaro y GUZMÁN-DUARTE, Valeria. "La naturaleza jurídico-internacional de los acuerdos de paz y sus consecuencias en la implementación." *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 30, 2017, pp. 41-60.

AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2da edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

\_\_\_\_\_. *La Parte General del Derecho Internacional Penal. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

\_\_\_\_\_. "El caso alemán", en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2da edición, editorial Temis, Bogotá, 2009.

\_\_\_\_\_. "El marco jurídico de la justicia de transición", en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 23-132.

\_\_\_\_\_. "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)." *InDret*, No. 2, 2010, pp. 1-47.

\_\_\_\_\_. "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", en *Revista General de Derecho Penal IUSTEL*, No.17, 2012, pp. 95-140.

\_\_\_\_\_y ZULUAGA John. "Justicia de transición y constitución. A manera de introducción", en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, pp. 1-17.

\_\_\_\_\_. "La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, p. 119-165.

APONTE, Alejandro. "Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición", en AMBOS, Kai; CORTÉS,

Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, pp. 167-200.

ARENAL, Concepción. *El derecho de gracia ante la justicia. El reo, el pueblo y el verdugo*. Madrid: La España Moderna, 1893.

ARENAS, Miguel. “La contribución de la jurisprudencia de la Corte IDH a la eliminación de las «leyes de amnistía» en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad”. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional. Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2010, pp. 2175-2189.

\_\_\_\_\_. "El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos." *Araucaria*, No. 40, 2018, pp.577-604.

ARTHUR, Paige. “Como las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp. 73-134.

ATIENZA, Manuel. “Un indulto sin gracia”, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, pp. 63-76.

BASS, Gary, "Jus post bellum". *Philosophy & Public Affairs*, Wiley, Vol. 32, No. 4, 2004, pp. 384-412.

BASSET, Yann. "Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia." *Estudios Políticos*, No. 52, 2018, pp. 241-265

BASSIOUNI, M. Cherif. “El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1982, vol. 35, no 1, p. 5-42.

\_\_\_\_\_. "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes." *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, Autumn 1996, pp. 63-74.

\_\_\_\_\_. "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, pp. 11-62.

BAUTISTA PIZARRO, Natalia. "El significado de la pena en el marco de un proceso de paz. Reflexiones sobre el caso colombiano", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, pp. 459-469. Disponible en: [http://zis-online.com/dat/artikel/2017\\_9\\_1131.pdf](http://zis-online.com/dat/artikel/2017_9_1131.pdf) (última consulta: 23/05/2019).

BAYÓN, Juan Carlos. "El constitucionalismo en la esfera pública global". *Anuario de filosofía del derecho*, 2013, no 29, pp. 57-99.

BAZÁN, Víctor. "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas". *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, 2012, pp. 17-56.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial, Madrid, 2004.

BENAVIDES VANEGAS, Farid. *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*. Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2011.

\_\_\_\_\_. *La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de justicia transicional de Colombia*, 2015. Tesis doctoral UPF/2015. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/384319>

BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?", en AMBOS, Kai (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. GIZ, Bogotá, 2011, pp. 23-112.

BERNAL PULIDO, Carlos. "Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia",



*Cambridge Journal of International & Comparative Law*, Vol. 3, No.4, 2014, pp. 1136-1163.

\_\_\_\_\_. “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del marco jurídico para la paz”, en BERNAL, Carlos; BARBOSA, Gerardo y CIRO, Andrés (eds.), en *Justicia Transicional: retos teóricos*, Vol.1, Bogotá 2016, pp.21-53.

BELL, Christine. *On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria*. Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the Field or Non-Field”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, No. 1, 2009, pp. 5–27.

BOBBIO, Norberto. *El tercero ausente*. Ediciones Cátedra, Milán, 1997.

BOCK, Stefanie. "Imputación en Derecho Penal Internacional", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, No. 9, 2017, pp. 514-534.

BODINO, Jean. *Los seis libros de la República* [1576]. Madrid, Tecnos, 2006.

BOTERO, Catalina y RESTREPO, Esteban. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en UPRIMNY, Rodrigo (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, pp.45-108.

BOTERO, Sandra. "El plebiscito y los desafíos políticos de consolidar la paz negociada en Colombia". *Revista de ciencia política (Santiago)*, Vol. 37, No.2, 2017, pp. 369-388.

BRANCH, Adam. Uganda's civil war and the politics of ICC intervention. *Ethics & International Affairs*, 2007, vol. 21, no 2, pp. 179-198.

BREMS, Eva. "Transitional justice in the case law of the European Court of Human Rights". *International Journal of Transitional Justice*, Vo.5, No.2, 2011, pp.282-303.

BUERGENTHAL, Thomas. “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 39, 2004, pp. 11-31.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte IDH”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*, Madrid, 2011, pp. 1-27. Disponible en (último acceso el 28/03/2019):

<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20erradicaci%C3%B3n%20de%20la%20impunidad.pdf>

\_\_\_\_\_ y ÚBEDA, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011.

BUSTOS GISBERT, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, pp. 13-63.

CARRANZA, Elías. "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de derechos Humanos*, No. 8, 2012, pp.31 -66.

CASTILLO, Luis. “La validez jurídica de la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori, en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, pp. 43-62.

CEREZO MIR, José. “Culpabilidad y pena”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1980, vol. 33, no 2, p. 347-366.

CERVANTES VALAREZO, Andrés. “Amnesty”, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2019. Disponible en: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e199> (última consulta: 15/12/2019).

CETRA, Raísa y NASCIMENTO, Jefferson. “Contando monedas: el financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos”. En *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá D.C., 2015 pp. 62-107.

CHEHTMAN, Alejandro. “Amnistías, democracia y castigo en Castigar al prójimo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 16, No.1, 2018, pp. 155-165.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (Art. 2. Derecho a la vida). Teoría y práctica: de De Becker c. Bélgica a Canales Bermejo c. España”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66, no 1, 2014, pp. 125-158.

\_\_\_\_\_. “Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Margus contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 19, No.52, 2015, pp. 909-947.

CIGÜELA SOLA, Javier. “Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”. *Isonomía*, 2015, no 43, pp. 129-150.

CONTESSE, Jorge. “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *SELA, Yale Law School*, 2013, pp.1-21. Disponible en: <https://cutt.ly/SexEpck> (último acceso: 8/8/2019)

CONTRERAS, Pablo. “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, Vol. 20, No. 2, 2014, pp. 235-274.

CORASANITI, Vittorio. “Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario”. *Revista IIDH*, 2009, vol. 49, pp. 13-28.

CORREA, Cristián. “Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú” en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp.441-476.

COTE BARCO, Gustavo y TARAPUÉS, Diego. “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013” en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, pp. 197-261.

CUERVO, Beatriz, et al. "Origen y fundamentos de la justicia transicional". *Revista Vínculos*, Vol. 11, No 1, 2014. pp. 124-161.

DE GREIFF, Pablo. "Justicia y reparaciones" en DÍAZ, Catalina (Ed.) *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008, pp.301-340.

\_\_\_\_\_. "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de derechos humanos*, No.7, 2011, pp.17-39.

\_\_\_\_\_. "Justicia y reparaciones" en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp.407-440.

DE LORA, Pablo. "La Presunción de Constitucionalidad de las Leyes: Una Visita a la Regla Thayer", en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F, 2002, vol. 409, pp. 409-442.

DE LUCA, Javier Augusto. "Punitivismo y Derechos Humanos. El caso de Argentina". Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla de la Mancha, en *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2009, pp. 1-14. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>(último acceso: 25/07/2019).

DONDÉ MATUTE, Javier. "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte IDH"; en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Alemania, 2010, pp. 263-294.

\_\_\_\_\_. "Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo: Uruguay, 2011, pp.205-228.

DORADO PORRAS, Javier. "Justicia transicional". *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 8, 2015, pp. 192-204.

DUGARD, John. "Reconciliation and Justice: The South African Experience." *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8, no. 2, 1998, pp. 277-312.

DUQUE, Corina. "El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Verba Iuris*, 2015, no 33, pp. 77-97.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual". *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, No. 16, Universidad San Sebastián, Chile, 2011, p.91-113.

ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, 2004.

\_\_\_\_\_. *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, 1era edición, (trad. ZAIDENWERG, Ezequiel), Buenos Aires, Katz, 2006.

\_\_\_\_\_. "Moral Dilemmas of Transitional Justice", en BAUMANN, Peter y BETZLER, Monika, en *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 295-315.

ESER, Albin. "Justicia transicional: acerca del acuerdo de paz colombiano a la luz de Ulfrid Neumann", en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 35-62.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global". *Isonomía*, No. 9, 1998, pp.173-184.

\_\_\_\_\_. "Sobre la definición de " democracia": Una discusión con Michelangelo Bovero". *Isonomia*, No. 19, 2003, pp. 227-241.

\_\_\_\_\_. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2006, pp.15-31.

\_\_\_\_\_. "Sobre los derechos fundamentales." *Cuestiones constitucionales*, No. 15, 2006, pp. 113-136.

\_\_\_\_\_. "El proceso de paz en Colombia y la Justicia Penal Transicional", en *Soft Power*, Vol. 3, no. 2, jul.-dic. 2016, pp. 19-32.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH aplicable a la justicia penal", *Revista IIDH*, No.59, 2014, pp.29-118.

\_\_\_\_\_ y PELAYO, Carlos. "Capítulo V: Deberes de las personas", en STEINER, Christian; URIBE, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Editorial Temis, 2014, pp. 722-733.

FERRERES, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.

FREEMAN, Mark. "Transitional justice: fundamental goals and unavoidable complications". *Manitoba Law Journal*, vol. 28, no. 1, 2000-2002, pp. 113-122.

\_\_\_\_\_. *Necessary evils: amnesties and the search for justice*. Cambridge University Press, 2009.

FOLLESDAL, Andreas. "The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory." *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14, no. 2, 2013, pp. 339-360.

\_\_\_\_\_. "Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights - or Neither". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, no. 2, 2016, pp. 147-164.

FORCADA BARONA, Ignacio. *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2011.

FUTAMURA, Madoka. *War crimes tribunals and transitional justice: The Tokyo trial and the Nuremburg legacy*. Routledge, 2007.

GALLEGO GARCÍA, Gloria María. "La refrendación e implementación del Acuerdo de Paz no da más espera". *Nuevo Foro Penal*, No. 87, 2016, pp. 7-15.

\_\_\_\_\_. "Perdón y proceso de paz en Colombia." *Nuevo Foro Penal*, No. 87, 2016, pp.159-180.

GARCÍA AMADO, Juan, "Justicia transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso" en BERNUZ, M. y GARCÍA, A. (Eds.) en *Después de la violencia. Memoria y justicia*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad Eafit, 2015, pp. 99-153.

GARCÍA ROCA, Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración". *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007, pp.117-143.

GARCÍA-SAYÁN, Diego y GIRALDO, Marcela. "Reflexiones sobre los procesos de justicia transicional", *EAFIT Journal of International Law*, Vol.7, No.2, 2016, pp. 96-143.

GARGARELLA, Roberto. "El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social". *Derechos y libertades*. Número 25, Época II, junio 2011, pp. 37-54

\_\_\_\_\_. "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Yale Law School, 2012, pp.1-22. Disponible en: <https://bit.ly/2BLI85r> (último acceso el 28/03/2019).

\_\_\_\_\_. "La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman." *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, No.2, 2015, pp. 1-15.

\_\_\_\_\_. "Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia", *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, No. 4, 2016, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero4-gargarella/> (última consulta 9/8/2019).

\_\_\_\_\_. "Some reservations concerning the judicialization of peace." *Harvard International Law Journal Comment*, Vol. 59, 2019, pp. 1-19.

\_\_\_\_\_. "Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz", en *Semana*, último acceso el 26/07/2019. Disponible en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511>

\_\_\_\_\_. "Consejo para tesis: Comunidades de diálogo". Disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2018/11/consejo-para-tesis-comunidades-de.html> (último acceso: 20/08/2019)

GIL, Alicia. "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret*, No. 4, 2016, pp. 1-39.

GINSBURG, Tom. "Courts and new democracies: recent works". *Law & Social Inquiry*, 2012, vol. 37, no 3, pp. 720-742.

GONZÁLEZ ESPINOSA, Olger. "Acerca del "control de convencionalidad" por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional." *Revista IIDH*, No. 25, 2012, pp. 215-271.

GÓMEZ ISA, Felipe. "Justicia, Verdad Y Reparación En El Proceso De Paz En Colombia", *Revista Derecho del Estado*, No. 33, 2014, pp. 35-63.

GÓMEZ-JARA, Carlos. "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?". *InDret*, 2008, no 2, pp.1-31.



GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. "Los procesos de Núremberg y Tokio: Precedentes de la Corte Penal Internacional". *Ars Iuris*, No. 29, Universidad Panamericana, 2003, pp. 119-146.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. "Perspectivas de la jurisprudencia de la Corte IDH en justicia transicional y su aplicabilidad a las actuales negociaciones de paz en Colombia", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 9, 2016, pp.147-160.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro y CORREA-SAAVEDRA, Julián. "¿sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia", en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 26, 2015, pp. 193-247.

GREADY, Paul & ROBINS, Simon. "From Transitional to Transformative Justice: a new agenda for practice" *The International Journal of Transitional Justice*, 2014, pp. 339-361.

GRECO, Luis. "Por que inexistent deveres absolutos de punir", en AMBOS, Kai; CORTÉS, Francisco y ZULUAGA, John (coords). *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, pp. 89-104.

HAKANSSON, Carlos. "La institución del indulto y su discrecionalidad presidencial", en CASTILLO, Luis y GRANDEZ Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, pp.31-42.

HARALD, Eberhard; LACHMAYER, Konrad & THALLINGER, Gerhard (eds.), *Transitional Constitutionalism*, Nomos, 2007, pp. 9-24.

HAWKINS, Darren & JACOBY, Wade. "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights," *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, no. 1, 2010, pp. 35-86

HAYNER, Priscilla. "Comisiones de la verdad: resumen esquemático", *International Review of the Red Cross*, (Vol.862), 2006, pp.1-18.

\_\_\_\_\_. *Verdades Innombrables: el reto de las comisiones de la verdad*. Fondo de Cultura Económica de España, 2009.

HENCKAERTS, Jean-Marie. Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, conclusiones del Estudio sobre el derecho Internacional humanitario consuetudinario, *International Review of the Red Cross*, 2005, pp. 30-46. Documento disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf> (última visita: 13/02/19).

\_\_\_\_\_ y DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, (Vol.1), Normas, 1ª ed., Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007.

HERRERA, Carlos y TORRES, Silvana. "Reconciliación y justicia transicional: opciones de justicia, verdad, reparación y perdón". *Papel Político*, no 18, 2005, pp. 79-112.

HERZOG, Félix. "¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal". *Política Criminal.*, Nº 5, 2008, D1-5, pp. 1-9. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\_05/d\_1\_5.pdf] (última consulta: 25/10/2019).

HILLEBRECHT, Courtney; HUNEEUS, Alexandra & BORDA, Sandra. "The Judicialization of Peace," *Harvard International Law Journal*, Vol. 59, No. 2, summer 2018, pp. 279-330.

HUNEEUS, Alexandra. "International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the Human Rights Courts." *American Journal of International Law*, Vol. 107, No.1, 2013, pp. 1-44.

HUNTINGTON, Samuel. "Democracy's third wave". *Journal of democracy*, 2.2, 1991, pp. 12-34.

HUYSE, Luc. "Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past", *Law & Social Inquiry*, vol. 20, No.1, 1995, pp.51-78.

IGLESIAS, Marisa. "El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo? (Una mirada desde

Europa)". *SELA, Yale Law School*, 2017, pp.1-21. Disponible en: <https://bit.ly/2BN3dfx> (último acceso: 8/8/2019)

JAKOBS, Günther. “¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, pp. 137-158.

\_\_\_\_\_ y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas, 2006.

JACKSON, Miles. “Amnesties in Strasbourg”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, Vol. 38, No. 3, pp. 451-474.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “Responsabilidad Internacional”, en SORENSEN, Max. (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, 1985, pp. 508-513.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, trad. cast. y notas de CORTINA ORTS, Adela y CANAL SANCHO, Jesús, Madrid, Tecnos, 1989.

KELSEN, Hans. “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?” *The International Law Quarterly*, Vol. 1, No. 2, 1947, pp. 152-171.

KEYNES, John Maynard. *Las consecuencias económicas de la paz*, Editorial crítica, Barcelona, 1987.

KNUST, Nandor. “Pena, pena atenuada e impunidad”, en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 135-190.

KRCMARIC, Daniel. “Should I Stay or Should I Go? Leaders, Exile, and the Dilemmas of International Justice”. *American Journal of Political Science*, 2018, vol. 62, no 2, pp. 486-498.

KRITZ, Neil. "Coming to terms with atrocities: A review of accountability mechanisms for mass violations of human rights". *Law & Contemp. Probs.*, vol. 59, 1996, pp. 127-152.

LANDA, César. "Justicia constitucional y political questions". *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, no 4, 2000, pp. 173-204.

LASCURAÍN, Juan Antonio. "Qué puede olvidar el legislador democrático (sobre los límites de la amnistía)", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No.5, 2013, pp. 227-263. Disponible en la web: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12444> (último acceso: 22/07/2019)

LEAL BUITRAGO, Francisco. "La doctrina de Seguridad Nacional: materialización de la Guerra Fría en América del Sur." *Revista de estudios sociales*, No. 15, 2003, pp. 74-87.

LEEBAW, Brownwyn Anne. "The irreconcilable goals of transitional justice", *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 2008, pp. 95-118.

LESSA, Francesca. "Justice beyond borders: The Operation Condor Trial and accountability for transnational crimes in South America." *International Journal of Transitional Justice*, 9.3, 2015, pp. 494-506.

LONDOÑO-LÁZARO, María Carmelina, GUTIÉRREZ-PERILLA, María Del Pilar y ROA-SÁNCHEZ, Paula Andrea. "El papel de las reparaciones en la justicia transicional colombiana: aportes desde una visión teleológica." *International Law*, No. 30, 2017, pp. 119-150.

LÓPEZ, Beatriz y JARAMILLO, Felipe. "La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales." *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 16, No. 02, 2014, pp. 61-88.

LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo. "La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos,

sociales y culturales”. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 15, no 19, 2017, pp. 51-76.

LÓPEZ GUERRA, Luis. "El derecho a la verdad:¿ la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?." *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 22, 2018, pp. 11-30.

MACULAN, Elena. “El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”. *Cuadernos de estrategia*, 2017, no 189, pp. 91-124.

MARTÍ, José Luis. “Democracia y deliberación: una reconstrucción del modelo de Jon Elster”. *Revista de estudios políticos*, No. 113, 2001, pp.161-192.

\_\_\_\_\_. "El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli. Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 365-402.

\_\_\_\_\_. *La República Deliberativa*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

\_\_\_\_\_. “The Democratic Legitimacy of the International Criminal Court”, inédito, disponible en: <https://upf.academia.edu/Joseluismarti> (última consulta: 24/07/2019).

MALLINDER, Louise, “Can Amnesties and International Justice be Reconciled?” *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 208–230.

\_\_\_\_\_. “Power, Pragmatism, and Prisoner Abuse: Amnesty and Accountability in the United States”. *Oregon Review of International Law*, vol. 14, 2012, pp. 307-377.

\_\_\_\_\_. “Global Comparison of Amnesty Laws”, 2009, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1586831>

MANI, Rama. “Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, No. 3, 2008, pp. 253–265.

MATEOS MARTÍN, Óscar; BENAVIDES, Farid y CAMPS, Blanca. "límites y desafíos de la Justicia transicional en las nuevas transiciones: un análisis crítico a partir de los casos de sierra leona, Marruecos y colombia." *Relaciones Internacionales*, UAM, No.38, 2018, pp. 121-145.

MATUS, Jean Pierre. "Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal internacional." *Nuevo Foro Penal*, No. 81, 2013, pp. 139-145.

MALARINO, Ezequiel. "Análisis comparativo. La adecuación del derecho interno al estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación y asistencia judicial. La experiencia latinoamericana, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo-Uruguay, 2007, pp. 579-644.

\_\_\_\_\_. "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas." En AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.), en *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pp. 415-431.

\_\_\_\_\_. "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en ELSNER, Gisela (ed). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo: Uruguay, 2010, pp. 25-62.

\_\_\_\_\_. "Transición, Derecho Penal y Amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición", *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, 3ra época, No.9, 2013, pp. 205-222.

MCEVOY, Kieran & MALLINDER, Louise. "Amnesties in transition: punishment, restoration, and the governance of mercy." *Journal of Law and Society*, Vol. 39, No. 3, 2012, pp. 410-440.

MÉNDEZ, Juan. "Procesamientos judiciales y otras medidas de justicia", en Reátegui, Félix (ed.), en *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Nueva York, 2011, pp. 1995-226.

\_\_\_\_\_. "Constitutionalism and Transitional Justice". *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 1270-1283.

MINOW, Martha. *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*. Beacon Press Books, Boston, 1998.

MIZRAHI, Esteban. "La legitimación hegeliana de la pena". *Revista de filosofía*, Vol. 29, No.1, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp.7-31.

MORESO, José Juan. "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", en MORESO, José Juan; PRIETO SANCHÍZ, Luis y FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

\_\_\_\_\_. "El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio." *Anuario de filosofía del derecho*, No. 34, 2018, pp. 73-93.

MORSELLI, Elio. "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 48.1, 1995, pp. 265-274.

NAGY, Rosemary, "Transitional justice as global project: critical reflections", *Third World Quarterly*, 29.2, 2008, pp. 275-289.

NASH, Claudio. "Las reparaciones ante la Corte IDH (1988-2007)", segunda edición, Andros Impresores, Chile, 2009.

NAQVI, Yasmin. "El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?" *International Review of the Red Cross*, No. 862, 2006, pp. 1-33, documento de acceso libre en <http://corteidh.or.cr/tablas/a21923-1.pdf> (última visita: 13/02/19).

NEUMANN, Ulfrid. "Acerca de la relación entre validez del derecho y concepto del derecho. Transformaciones en la filosofía del derecho de Gustav Radbruch", en REYES, Yesid (ed.) *¿Es injusta la justicia transicional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 63-98.

NIEVA-FENOLL, Jordi. "El principio de justicia universal: una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes". *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 65, No. 1, 2013, pp. 131-149.

NINO, Carlos. *La validez del derecho*. Vol. 6. Editorial Astrea y Depalma, 1985.

\_\_\_\_\_. *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

\_\_\_\_\_. "The duty to punish past abuses of Human Rights put into context: the case of Argentina", *The Yale Journal*, vol.100, no. 8, 1991, pp. 2619-2640.

\_\_\_\_\_. *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996.

OLASOLO, Héctor, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional" en Almqvist, J. y Espósito, C. (coords.), en "Justicia transicional en Iberoamérica". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 255.

\_\_\_\_\_. "Los Exámenes Preliminares De La Corte Penal Internacional En América Latina: El Caso Colombiano y Su Impacto Sobre Futuras Negociaciones De Paz En La Región", *Anuario de Derechos Humanos*, No. 10, 2014, pp. 35-56.

\_\_\_\_\_. "La inseguridad jurídica de los acuerdos de paz a la luz del régimen jurídico internacional de los crímenes de ius cogens y la justicia de transición". *Política criminal*, Vol.12, No.23, 2017, pp. 78-102.

OLSEN, Tricia; PAYNE, Leigh & REITER, Andrew. "Transitional justice in the world, 1970-2007: Insights from a new dataset", *Journal of Peace Research*, Vol 47, No 6, 2010, pp. 803-809.

\_\_\_\_\_. "The justice balance: When transitional justice improves human rights and democracy." *Human Rights Quarterly*. Vol 32, No. 4, November 2010, pp. 980-1007.

ORENTLICHER, Diane, "Settling Accounts: The Duty to Punish Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 2537-2615.

OTENHOFF, Reynald. "La justicia penal internacional en el tercer milenio: surgimiento de la Corte Penal Internacional." *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, no. 20, 2006, pp. 75-82.



PAREDES, Alejandro. "La Operación Cóndor y la guerra fría". *Universum*, Talca, vol.19, no.1, 2004, pp. 122-137.

PARENTI, Pablo. "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en ELSNER, Gisela (ed). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo: Uruguay, pp. 211-228.

PASTOR, Daniel. "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal". *Revista de Estudios de la Justicia*, No 4, 2004, pp. 51-76.

\_\_\_\_\_. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, 2006.

\_\_\_\_\_. "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2006, disponible en: <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm> (último acceso: 29/07/2019).

\_\_\_\_\_. "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina". *Revista General de Derecho Procesal*, No. 22, 2010, pp. 1-42.

PASTOR MUÑOZ, Núria. "Was Bleibtreu übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? - Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel". *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Vol. 104, N° 4, 2018, pp. 455-487.

PAWLIK, Michael. "¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena", *InDret*, No. 4, 2011, pp. 1-42.

PÉREZ LIÑÁN, Aníbal, SCHENONI, Luis and MORRISON, Kelly. "Time and Compliance with International Rulings: The Case of the Inter-American Court of Human Rights." *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper 2019-17*, 2019, pp. 1-37.

PÉREZ-PÉREZ, Tito. "Conflicto y posconflicto en Colombia: una mirada a la política de seguridad democrática". *Magistro*, Vol.5, No.10, 2011, pp. 129-150.

POSNER, Eric y VERMEULE, Adrian. "Transitional justice as ordinary justice". *Harvard Law Review*, Vol. 117.3, 2004, pp. 761-825.

PULIDO, Fabio y RUEDA, José Miguel. "la naturaleza política del indulto", en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, pp. 13-30.

RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, no 1, p. 1-11.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de cultura económica, 2012.

\_\_\_\_\_. *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, 2012.

REYES ALVARADO, Yesid. "La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso colombiano. A manera de estudio preliminar". En REYES ALVARADO, Yesid (ed.) *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018. Formato EPUB/digital innumerado.

RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario, 2010.

ROA, Jorge. "Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: La fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz", *Serie Documentos de Trabajo*, departamento de derecho constitucional, Universidad Externado de Colombia, No. 47, Bogotá, 2015, pp. 1-30.

\_\_\_\_\_. "Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá". *Revista Derecho del Estado*, 2019, no 44, pp. 57-98.

RODRÍGUEZ, Gina. "Los límites del perdón. Notas sobre la justicia transicional en Sudáfrica, Centroamérica y Colombia", *Revista Justicia Juris*, vol.7, no.2, 2011, pp. 52-66.

RODRIGUEZ, Edgardo. "Indulto humanitario y retorno a la impunidad", en CASTILLO, Luis y GRANDEZ, Pedro (Directores). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*, editorial palestra, Lima, 2018, pp. 159-180.

RODRÍGUEZ, Gabriela. "Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación", en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2da edición, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pp. 835-885.

ROSE, Cecily and SSEKANDI, Francis. "The pursuit of transitional justice and African traditional values: a clash of civilizations-The case of Uganda." *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol.4, No.7, 2007, pp. 100-127.

ROTH ARRIAZA, Naomi y ORLOVSKY, Katharine. "Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria" en Reátegui, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp.523-574.

ROXIN, Claus. "Pena y reparación". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, vol. 52, no 1, p. 5-16.

\_\_\_\_\_. "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata." *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 7, 2006, pp. 11-22.

RÚA, Carlos. "Los momentos de la justicia transicional en Colombia." *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, No. 43, 2015, pp. 71-109.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 113, 2018, pp. 13-35.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *Procesos constitucionales y garantías convencionales. La aplicación del artículo 6.1. del CEDH a la jurisdicción constitucional*. Estudios Constitucionales, CEPC, Madrid, 2018.

\_\_\_\_\_. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación." *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 42, 2018, pp. 221-245.

SÁNCHEZ, Nelson Camilo e IBÁÑEZ GUTIÉR, Catalina. "La justicia transicional como categoría constitucional", en AMBOS, Kai (coord.). *Justicia de transición y Constitución*, Temis, Bogotá, 2014, pp. 107-149.

\_\_\_\_\_ y LYONS CERÓN, Laura. "El elefante en la sala. El retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano". En *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. DeJusticia, Bogotá D.C., 2015, pp. 230-275.

SAPIANO, Jenna. "Courting peace: Judicial review and peace jurisprudence". *Global Constitutionalism*, 2017, vol. 6, no. 1, pp. 131-165.

SCHARF, Michael. "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, 32, 1999, pp. 507-527.

SCHABAS, William. "United States Hostility to the International Criminal Court: It's all about the security council." *European Journal of International Law*, Vol.15, No.4, 2004, pp. 701-720.

\_\_\_\_\_. "The banality of international justice". *Journal of International Criminal Justice*, 2013, vol. 11, no 3, pp. 545-551.

SCHÖNSTEINER, Judith. "The Case-Law on International Crimes in Transitional Justice Settings in the Inter-American and European Human Rights Courts: Common Standards and Differences." SSRN 2992664, 2015, pp. 1-24. Disponible en: <file:///C:/Users/u126188/Downloads/SSRN-id2992664.pdf> (última consulta: 30/09/2019).

SEIBERT-FOHR, Anja. "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions". *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 7, no. 1, 2003, pp. 553-590.

\_\_\_\_\_. "Reconstruction through Accountability". *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 9.1, 2005, pp. 555-577.

SEILS, Paul. "La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz", en *ICTJ análisis*, junio, 2015, pp. 1-15.

SFERRAZZA, Pietro. "Hecho ilícito internacional", *Economía. Revista de Cultura de la Legalidad*, No.13, 2017, pp. 271-282.

SHANY, Yuval. "Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?" *European Journal of International Law*, 16.5, 2005, pp. 907-940.

SIERRA-PORTO, Humberto. "La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009, pp. 179-188.

SIKKINK, Kathryn and WALLING, Carrie. "The impact of human rights trials in Latin America." *Journal of peace research*, 44.4, 2007, pp. 427-445.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_. "Del Derecho abstracto al Derecho real". *InDret*, 2006, no 4, pp. 2-6.

\_\_\_\_\_. "Nullum Crimen Sine Poena-Sobre las Doctrinas Penales de la Lucha Contra la Impunidad y del Derecho de la Víctima al Castigo del Autor." *Derecho Penal y criminología*, vol. 29, 2008, pp. 149-171.

\_\_\_\_\_. "Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito." *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 47, No.127, 2017, pp. 495-510.

\_\_\_\_\_. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018.

STAHN, Carsten. "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court." *Journal of International Criminal Justice*, Vol.3, No.3, 2005, pp. 695-720.

STEWART, James. Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional, Bogotá, 2015, p. 11. Disponible en (último acceso 31/05/2018): <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>

TAMARIT SUMALLA, Josep. "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español". *Política criminal*, 2012, vol. 7, no. 13, pp. 74-93.

TAYLER, Wilder. "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas. Notas para la reflexión". *Revista IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 185-213.

TEITEL, Ruti. "Transitional jurisprudence: the role of law in political transformation". *Yale Law Journal*, No. 106, 1996, pp. 2009-2080.

\_\_\_\_\_. "The Constitutional Canon: the challenge posed by a transitional constitutionalism", *Constitutional Commentary*, 17(2), 2000, pp. 237-240.

\_\_\_\_\_. "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Cambridge, MA, 2003, pp. 69-94.

\_\_\_\_\_. "Genealogía de la Justicia Transicional" en REÁTEGUI, Félix (ed.), *Justicia Transicional: manual para América Latina*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia y Nueva York, 2011, pp. 135-172.

\_\_\_\_\_. "Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism", in Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (Eds.), "Comparative Constitutional Law", Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 57-77.

\_\_\_\_\_. *Globalizing transitional justice*, Oxford University Press, 2015.

TORRES-ARGÜELLES, Alfredo. *Repensando las amnistías en procesos transicionales*. Universidad Externado de Colombia, No. 93, 2015.

TRUMBULL IV, Charles P. "Giving Amnesties a Second Chance. *Berkeley J. Int'l Law*, 2007, vol. 25, pp. 283-344.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en RETTBERG, Angelika (comp.), en *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá 2005, pp. 211-232.

\_\_\_\_\_. "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en UPRIMNY, Rodrigo (Dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, pp. 17-44.

\_\_\_\_\_.y SAFFON, María Paula. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia". *Anuario de derechos humanos de la Universidad de Chile*, No. 4, 2008, pp.165-195.

\_\_\_\_\_.y GUZMÁN-RODRÍGUEZ, Diana. "En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No.17, 2010, pp. 231-286.

VALENCIA, Germán y MEJÍA, Carlos. "Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro", *Perfil de coyuntura económica*, No. 15, 2010, pp. 59-77.

VAN DER HAVE, Nienke. *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law*, Springer, 2018.

VAN ZYL, Paul. "Dilemmas of transitional justice: The case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *Journal of international Affairs*, Vol. 52, No.2, 1999, pp. 647-667.

\_\_\_\_\_. "promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", en Reátegui, Félix (ed.), en *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Nueva York, 2011, pp. 47-72.

VILLA-VICENCIO, Charles. "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet." *Emory Law Journal*, vol. 49, no. 1, winter 2000, pp. 205-222.

VON BOGDANDY, Armin y VENZKE, Ingo. "¿En nombre de quién?: un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática". En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant lo Blanch, 2013. pp. 83-130.

VON BOGDANDY, Armin. "Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual." *Revista Derecho del Estado*, No. 34, 2015, pp. 3-50.

VON STADEN, Andreas. "The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: Normative subsidiarity and judicial standards of review". *International journal of constitutional law*, Vol. 10, No.4, 2012, pp. 1023-1049.

\_\_\_\_\_. "The core case against judicial review", *Yale Law Journal*, Vol.115, No.6, 2006, pp. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, MARTÍ, José Luis y QUIROGA, Águeda (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2005.

WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona: Paidós, 2001.

YAFFE, Lilian. "Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas, sociales e institucionales de la oposición violenta." *Revista CS*, 2011, pp. 187-208.

YOUNG, Gwen. "Amnesty and accountability." *UC Davis L. Rev.* No. 35, 2001, pp. 427-482.

ZALAQUETT, José. "Balancing ethical imperatives and political constraints: the dilemma of new democracies confronting past human rights violations", *Hastings Law Journal*, No. 43, 1991, pp. 1425-1438.



\_\_\_\_\_."El caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad". *Anuario de Derechos Humanos*, no. 3, 2007, pp. 183-194.

## **TRATADOS, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES E INFORMES**

Citadas en orden cronológico tomando en cuenta la fecha de apertura a firmas:

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y con entrada en vigor en 3 de septiembre de 1953.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Fecha de entrada en vigor: 21 de octubre de 1986.

Convención Americana para prevenir y castigar la tortura. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

ONU, Comisión de Derechos Humanos, 38 período de sesiones, documento E/CN.4/Sub.2/1985/16. *“Estudio sobre las leyes de amnistía y su papel en la salvaguardia y promoción de los derechos humanos”*, presentado por Luis Joinet, reportero especial.

Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, Asamblea General de la ONU, Resolución 47/133, 18 de diciembre de 1992.

ONU, Comisión de Derechos Humanos, “*Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 2 de julio de 1993.

ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49 período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)* preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.I, anexo II.

Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR) para la supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia*. 04/08/97. CCPR/C/79/Add.80.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. U.N. Doc. A/CONF. 183/9. 1998.

Asamblea General de la ONU. *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. A/RES/56/83, 2002. Disponible en: <https://bit.ly/2S1BKjH> (última consulta: 17/12/2019).

ONU, Documento S/2004/616, “*Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”.

ONU, Asamblea General, *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147 de 21 de marzo de 2006.

OACNUDH, “*Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*”, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006.

OUNHCR, *“Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional”*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.

Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster e Instituto de Justicia Transicional, 2013.

Resolución de la Asamblea General de la ONU 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, *“Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”*.

Resolución 60/147 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 2005, en el *“Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”*, Doc. E/CN.4/2005/102, Add. 1, de 8 de febrero de 2005.

Consejo de Europa, *La erradicación de la impunidad para graves violaciones de los derechos humanos. Directrices y textos de referencia*. 30 de marzo de 2011, adoptadas en la reunión No. 1100 del Comité de Ministros.

## **JURISPRUDENCIA**

### **CÁMARAS EXTRAORDINARIAS DE LA CORTE DE CAMBOYA**

Cámaras Extraordinarias de la Corte de Camboya, caso No. 002/19-09-2007/ECCCffC, Decisión preliminar sobre objeciones, 3 de noviembre de 2011.

### **COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS**

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Caso *Foro de Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de Zimbabue v. Zimbabue*. Comunicación No. No. 245/2002. Decisión del 11-25 de mayo de 2006. Período de sesiones ordinario No. 39.

## **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LEGISLACIÓN RELEVANTE**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, con ponencia de los magistrados: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, con ponencia de los magistrados: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Sentencia Sentencia T-388/13, 28 de junio de 2013, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-579/13 del 28 de agosto de 2013, con ponencia del juez Jorge Ignacio Pretlelt Chaljub.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-379/16 del 18 de julio de 2016, con ponencia del juez Luis Ernesto Vargas Silva.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

## **CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA Y LEGISLACIÓN RELEVANTE**

Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 17/96, AZAPO - Organización Popular de Azania (partido político). Vs. El Presidente de la República de Sudáfrica, (CCT 17/96) (8) BCLR 1015 (CC) (S. Afr.) 1996.

Ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación N° 34 de 1995.

## **CORTE PENAL INTERNACIONAL Y FISCALÍA**

Fiscalía CPI. “*The Office of the Prosecutor. Policy Paper on the Interests of Justice, 2007.* Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf> (último acceso: 23/09/2019).

\_\_\_\_\_. “Informe sobre las actividades de examen preliminar 2018”. 5 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Colombia.pdf> (último acceso: 17/09/2019).

CPI. Sala de Apelaciones, Situación en la República Democrática del Congo, Bajo el Sello Ex parte, Solo fiscal, Sentencia sobre la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “Decisión sobre la Solicitud del Fiscal de Órdenes de Detención, artículo 58”, No. ICC-01/04, julio de 2006.

\_\_\_\_\_. Sala de Cuestiones Preliminares. *Fiscal v. Saif Al-Islam Gaddafi*: No. ICC-01/11-01/11. “Decisión sobre la “Objeción de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gadafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma”, 5 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República Islámica de Afganistán. “Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una Investigación sobre la situación en la República Islámica de Afganistán”, caso No. ICC-02/17, de 12 de abril de 2019.

## **CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA**

Corte Especial para Sierra Leona, Cámara de Apelaciones, Caso No. SCSL-2004-15-AR72 (E), *Fiscal vs. Kallon & Bazzy*, sentencia del 13 de marzo de 2004.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ Y LEGISLACIÓN RELEVANTE**

Tribunal Constitucional de Perú. Exp. 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004.

\_\_\_\_\_. Exp. 03660-2010-PHC/TC Sentencia del 25 de enero de 2011.

\_\_\_\_\_. Caso “Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República”, Exp. 0012-2010-PI/TC. Sentencia del 11 de noviembre de 2011.

## **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y COMISIÓN**

CEDH. *Caso Dujardin v. Francia*. Decisión de admisibilidad de 2 de septiembre de 1991.

TEDH. *Caso McCann y otros v. Reino Unido*. Aplicación No. 18984/91. Sentencia del 27 de septiembre de 1995.

\_\_\_\_\_. *Caso Aksoy v. Turquía*. Aplicación No. 21987/93. Sentencia del 18 de diciembre de 1996.

\_\_\_\_\_. *Caso Abdulsamet Yaman v. Turquía*. Aplicación No. 32446/96. Sentencia del 2 de noviembre de 2004.

\_\_\_\_\_. *Caso Ould Dah v. Francia*. Aplicación No. 13113/03. Sentencia del 17 de marzo de 2009.

\_\_\_\_\_. Tercera Sección, Aplicación no. 30141/09, *Antonio Gutierrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. España*, sentencia del 27 de marzo de 2012.

\_\_\_\_\_. *Caso Tarbuk v. Croacia*, aplicación no. 31360/10, sentencia del 11 de diciembre de 2012.

\_\_\_\_\_. *Caso Marguš v. Croacia*. Aplicación No. 4455/10. Sentencia del 27 de mayo de 2014.

\_\_\_\_\_. *Caso Mocanu y otro v. Rumania*. Aplicaciones No. 10865/09, 45886/07 y 32431/08. Sentencia de 17 de septiembre de 2014.

## **TRIBUNAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA**

Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, caso no. IT-04-82-A, *Fiscal vs. Boskoski y Tarculovski*, 19 de mayo de 2010.

\_\_\_\_\_. Caso No. IT-95-17/1-T, *Fiscal vs. Furundžija*, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr.155.

## **TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA**

Sentencia del Tribunal Supremo de España, Nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012, con ponencia del magistrado Andrés Martínez Arrieta.

## **SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

### **INFORMES ANUALES Y COMUNICACIONES DE PRENSA**

CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*. 26 septiembre 1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 Rev. 1. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/indice.htm> (último acceso: 28/03/2019).

\_\_\_\_\_. Comunicado de prensa “*CIDH expresa preocupación por la legislación sobre Amnistía en Surinam*”, 13 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/038.asp> (último acceso: 28/03/2019):

\_\_\_\_\_. Comunicado de prensa: “*CIDH saluda firma del acuerdo para la construcción de la paz en Colombia*”. 29 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/122.asp> (último acceso: 17/09/2019).

\_\_\_\_\_. Comunicado de prensa: “*CIDH monitorea avances y desafíos de la Jurisdicción Especial para la Paz a un año de su funcionamiento*”. 29 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/130.asp> (último acceso: 17/09/2019).

### **SENTENCIAS, OPINIONES CONSULTIVAS Y RESÚMENES**

Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

\_\_\_\_\_. *Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.



\_\_\_\_\_. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986.

\_\_\_\_\_. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 30.

\_\_\_\_\_. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

\_\_\_\_\_. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2.

\_\_\_\_\_. *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3.

\_\_\_\_\_. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

\_\_\_\_\_. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6.

\_\_\_\_\_. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11

\_\_\_\_\_. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

\_\_\_\_\_. *Caso El Amparo v. Venezuela*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996 (reparaciones y costas). Serie C No. 28.

\_\_\_\_\_. *Caso Castillo Páez v. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo).

\_\_\_\_\_. *Caso Suárez Rosero v. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

\_\_\_\_\_. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*. Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo).

\_\_\_\_\_. *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

\_\_\_\_\_. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo).

\_\_\_\_\_. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

\_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

\_\_\_\_\_. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. No. 77.

\_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo).

\_\_\_\_\_. *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

\_\_\_\_\_. *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

\_\_\_\_\_. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

\_\_\_\_\_. *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

\_\_\_\_\_. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

\_\_\_\_\_. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

\_\_\_\_\_. *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

\_\_\_\_\_. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

\_\_\_\_\_. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

\_\_\_\_\_. *Caso Gómez Palomino v. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

\_\_\_\_\_. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

\_\_\_\_\_. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso García Prieto y otros v. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168.

\_\_\_\_\_. *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184.

\_\_\_\_\_. *Caso Heliodoro Portugal v. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Ticona Estrada y otros v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.

\_\_\_\_\_. *Caso Anzualdo Castro v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

\_\_\_\_\_. *Caso Garibaldi v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.

\_\_\_\_\_. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

\_\_\_\_\_. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

\_\_\_\_\_. *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

\_\_\_\_\_. *Caso Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

\_\_\_\_\_. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman v. Uruguay*. Resumen Oficial de la sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221.

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) Serie C No. 221.

\_\_\_\_\_. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

\_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012.

\_\_\_\_\_. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Mohamed v. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

\_\_\_\_\_. *Caso García y familiares v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman v. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

\_\_\_\_\_. *Caso García Lucero y otras v. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

\_\_\_\_\_. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

\_\_\_\_\_. *Caso Rochach Hernández y otros v. El Salvador*. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 243.

\_\_\_\_\_. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.

\_\_\_\_\_. *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso Maldonado Vargas y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

\_\_\_\_\_. *Caso Quispialaya Vilcapoma v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.

\_\_\_\_\_. *Caso Tenorio Roca y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314.

\_\_\_\_\_. *Caso Valencia Hinojosa y otra v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327.

\_\_\_\_\_. *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

\_\_\_\_\_. *Caso San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

\_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar”. Resolución de 30 de mayo de 2018.

\_\_\_\_\_. *Caso Órdenes Guerra y Otros v. Chile*. Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_. *Caso de los miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala*. Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 12 de marzo de 2019.

## **RESOLUCIONES DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE IDH**

Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. 28 de mayo de 2019.

## **MISCELÁNEO**

Cancillería de Chile, “*Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, 23 de abril de 2019, disponible en: <https://bit.ly/368LAFf> (consultado: 29/04/2019).

Datos Macro. “*Sierra Leona: Economía y demografía*”. Disponible en: (<https://www.datosmacro.com/paises/sierra-leona>) (consultado: 04/03/2018)

El País. *La tesis doctoral es perjudicial para la salud mental. Un estudio asegura que los doctorandos son seis veces más propensos a desarrollar ansiedad o depresión en comparación con la población general*. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2018/03/15/ciencia/1521113964\\_993420.html](https://elpais.com/elpais/2018/03/15/ciencia/1521113964_993420.html) (consultado: 03/04/2019).

Informe *Make Way for Justice #3: Universal Jurisdiction Annual Review*, 2017. Disponible en: [https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2017/03/UJAR-MEP\\_A4\\_012.pdf](https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2017/03/UJAR-MEP_A4_012.pdf) (consultado: 19/01/2018).

Noticias ONU. “*La ONU da por terminada la dejación de armas de las FARC*”. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2017/09/1386501> (consultado: 12/07/2019).

Portafolio. “8.376.463: las víctimas del conflicto armado en Colombia”. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/el-numero-de-victimas-del-conflicto-armado-en-colombia-504833> (consultado: 24/05/2019).

Público. “La Corte Penal Internacional rechaza investigar a EEUU por la guerra de Afganistán”. Disponible en: <https://www.publico.es/internacional/eeuu-corte-penal-internacional-rechaza-investigar-eeuu-guerra-afganistan.html> (consultado: 04/09/2019).

Diario El País. “Estados Unidos amenaza a jueces de la Corte Penal Internacional”. Disponible en línea: <https://www.elpais.com.uy/mundo/estados-unidos-amenaza-jueces-corte-penal-internacional.html> (consultado: 23/09/2019).

Hispan TV. “EEUU sanciona a fiscal de CPI por investigar guerra de Afganistán”. Disponible en: <http://htv.mx/1yfU> (consultado: 23/09/2019).

Radio Caracol, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos está de testigo en un momento histórico en Colombia”. Disponible en: <https://bit.ly/3480UQr> (consultado: 29/04/2019):

ObservaJEP, Observatorio de la Jurisdicción Especial para la Paz. Disponible en: <https://bit.ly/2EvnCaE> (última consulta 18/12/2019).

Vice, “Crisis en la CIDH, un golpe bajo a la democracia”. Disponible en: <https://bit.ly/2BRCM8J> (consultado: 8/8/2019).