

XIV[#]/Völ/TJ, 3892

Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner
(editores)

JUSTICIA DE TRANSICIÓN

Informes de América Latina, Alemania, Italia y España

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
-Oficina Regional Montevideo-

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius.montevideo@kas.de

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Durto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf srl

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal 347.985 - Comisión del Papel

Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN 978-9974-8099-6-3

Esta publicación se distribuye exclusivamente sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	11
PRESENTACIÓN	15
SIGLAS Y ABREVIATURAS	17
EL MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN <i>Kai Ambos</i>	23

INFORMES NACIONALES

ARGENTINA <i>Pablo F. Parenti y Lisandro Pellegrini</i>	133
BOLIVIA <i>Elizabeth Santalla Vargas</i>	153
BRASIL <i>IBCCRIM - Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Alexandre Coelho Zilli e Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich</i>	171
CHILE <i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	201
COLOMBIA <i>Alejandro Aponte Cardona</i>	235

TCU	Tribunal de Contas da União
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase también ECHR)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TRC	Truth and Reconciliation Commission(s) (véase también CVR)
TRC	Truth and Reconciliation Commission of South Africa
TRF	Tribunal Regional Federal
U.C.Davis L. Rev.	U.C. Davis Law Review (revista jurídica estadounidense)
UCA	Universidad Centroamericana José Simeón Cañas
UDN	União Democrática Nacional
UNAM	Universidad Autónoma de México
UNE	União Nacional dos Estudantes
UN-ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (siglas del inglés: United Nations Economic and Social Council)
UNTAET	Administración de transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (del inglés: United Nations Transitional Administration in East Timor)
UTORLJ	University of Toronto Faculty of Law Review
VPR	Vanguarda Popular Revolucionária
YLJ	Yale Law Journal (revista jurídica estadounidense)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista jurídica alemana)

EL MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN¹

Kai Ambos

SUMARIO

1. La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y posconflicto. El *concepto* se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno (punto 1). La experiencia muestra que la lucha por la *justicia* a menudo confluye con los esfuerzos, en su mayor parte oficiales, por la *paz*. En efecto, la justicia de transición busca asegurar al mismo tiempo justicia y paz, pero abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces necesario para facilitar una transición pacífica (punto 3), y el dictado de una *amnistía* es la técnica más importante de exención de una persecución penal (punto 5). En todo caso, si la ausencia de una persecución penal contribuye a la *reconciliación*, ello depende del contenido de este concepto y de las circunstancias de cada caso (punto 4).

2. Para desarrollar el marco legal de la justicia de transición y, en última instancia, establecer *lineamientos* más o menos precisos para las negociaciones de paz en

¹ Estudio preparado para la Conferencia Internacional *Building a Future on Peace and Justice*, Núremberg, 25-27 de junio de 2007. Agradezco a mis asistentes Ignaz Stegmüller y Ousman Njikam, así como a mi asistente alumna Katrin Isabel Müller, por la ayuda en la preparación de este estudio. También agradezco a Miguel Lamadrid por la ayuda en la investigación de la jurisprudencia de la CIDH, a la Sra. Lydia Preis por la actualización del estudio y a Ezequiel Malarino por la traducción del inglés. Versión actualizada del texto *El marco jurídico de la justicia transicional*, Bogotá: Temis, 2008. Agradezco al Sr. Rodrigo González-Fuente Rubilar por su colaboración en la actualización del texto.

el marco de la transición, necesarios para “judicializar” las políticas de la justicia de transición (punto 6), es preciso primero determinar los contenidos del *elemento justicia* en la justicia de transición. *Justicia* en este sentido ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones (punto 2).

3. El *fundamento jurídico* del elemento o interés justicia tiene como punto de partida el *deber de perseguir* crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI (punto 8). Aunque este deber conduciría casi lógicamente a la prohibición de amnistías o de otras medidas de exención respecto a esos crímenes (punto 9), el concepto amplio de justicia aplicable en la justicia de transición exige una aproximación más sofisticada. Por un lado, el interés justicia ha de ser complementado con los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales nucleares (puntos 10-11); estos derechos van mucho más allá de la persecución penal e incluyen, además del derecho a la justicia, los derechos a la verdad y reparación en sentido amplio (punto 11). Por otro lado, otra consecuencia del concepto amplio de justicia es que deben ser desarrolladas y aplicadas *alternativas a la persecución penal* (puntos 12 ss.), en particular comisiones de la verdad (*efectivas*) (puntos 13 ss.). Sin embargo, las medidas alternativas, en general, solo pueden complementar y no sustituir a la justicia penal (punto 10). Para eso, deben ofrecer una vía alternativa seria para afrontar el pasado y, como tal, deben tomar en consideración efectivamente el interés de las víctimas (punto 12). En última instancia, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia depende del resultado de un complejo proceso de *ponderación de los intereses en conflicto* que es llevado a cabo a través de un *test* de proporcionalidad de tres niveles (puntos 19 ss.). Este *test* conduce, en su tercera fase de la *proporcionalidad stricto sensu*, a algunas importantes limitaciones (*ratione materiae* y *personae*) y exigencias (especialmente, alguna forma de responsabilidad) que deben ser tenidas en cuenta para evaluar la admisibilidad de las medidas de exención (punto 21). De ello se sigue un *enfoque bifurcado* en cuanto a la admisibilidad de *amnistías* (puntos 23 ss.): Por un lado, las amnistías absolutas (*blanket amnesties*) son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados a través de prohibir toda investigación (puntos 24 ss.); por el otro, las amnistías condicionales (“responsables”) son, en principio, admisibles (enfoque flexible), dado que —a diferencia de las amnistías generales— no eximen automáticamente de castigo a los autores, sino que condicionan la

exención a la ejecución de ciertos actos o concesiones por el beneficiario; por ejemplo, a la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas, en particular, una completa revelación de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento (puntos 30 ss.).

4. Con la CPI se ha creado un *mecanismo permanente de atribución de responsabilidad* (punto 34). Ella es parte del proyecto de justicia de transición en cuanto puede interferir en procesos de transición y así entrar en conflicto con las partes en disputa. La situación de Uganda, donde la CPI ha emitido órdenes de detención contra líderes del ERS, es un vivo ejemplo de tal posible conflicto. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la estrategia del fiscal de perseguir únicamente a los mayores responsables y los crímenes más graves (punto 36) limita considerablemente el rol “intervencionista” o de “monitoreo” de la CPI y deja la mayor parte de los procesos a los *sistemas judiciales nacionales*, que por ello tienen aún un importante papel que desempeñar en el juzgamiento de los autores y/o de los crímenes menos importantes (punto 34). En todo caso, en cuanto a los casos más importantes surge la cuestión de si —y, si así fuera, en qué medida— tratativas de paz nacionales, incluidas amnistías u otras exenciones de responsabilidad, pueden impedir que la CPI ejerza su jurisdicción. Aunque esta cuestión no fue explícitamente tratada en el Estatuto de la CPI, este es un *instrumento flexible* que permite al fiscal y a la Corte tomar en consideración situaciones de transición (punto 35). Esto se sigue de la amplia discreción del fiscal durante la investigación preliminar (punto 35), de la autonomía judicial de la CPI (puntos 34, 36) y en particular de tres disposiciones del Estatuto de la CPI, a saber: el artículo 17 sobre la complementariedad, el artículo 16 sobre la intervención del Consejo de Seguridad y el artículo 53 (1) (c) y (2) (c) sobre el interés de justicia.

5. El *artículo 17* trata de establecer un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de los Estados de la jurisdicción (penal) y el interés de la comunidad internacional en prevenir la impunidad de los crímenes internacionales nucleares otorgando prioridad a los Estados partes si estos están dispuestos y tienen la capacidad para investigar y enjuiciar tales crímenes (punto 37). El análisis detallado de la disposición (puntos 37 ss.) muestra que una medida de exención nacional como tal (especialmente una amnistía) no hace inadmisible un caso; más bien, la admisibilidad depende del *contenido específico* y las *condiciones* de la medida (punto 44). Si se aplica esta conclusión a ciertos escenarios (puntos 44 ss.) se sigue que, en cuanto a exenciones plenas, solo una *amnistía condicional con una CVR* puede hacer el caso inadmisible si una CVR efectiva concede

la amnistía sobre una base individual bajo ciertas condiciones estrictas (punto 46); otras exenciones plenas (autoamnistías absolutas, amnistías condicionales *sin* una CVR) no pasarán el test de complementariedad (puntos 45, 47). En caso de *exenciones parciales* —por ejemplo, una atenuación considerable del castigo a cambio de desmovilización y cooperación plena— la admisibilidad en el sentido del artículo 17 depende de la medida en que el respectivo proceso satisfaga el interés de justicia —por ejemplo, empleando mecanismos alternativos de justicia, en particular una CVR efectiva y/o sanciones no punitivas— (punto 48). En caso de *exenciones ex post*, la admisibilidad depende exclusivamente del criterio de la “genuina”^{N del T} disposición a llevar adelante el proceso en el sentido del artículo 17 (1) (a), (b) y/o (2) (punto 49). El artículo 16 da al Consejo de Seguridad la facultad de suspender el procedimiento, pero no altera la competencia de la CPI para revisar indirectamente la decisión del Consejo (punto 50). La *cláusula del interés de justicia* del artículo 53 (puntos 51 ss.) otorga al fiscal un instrumento adicional para ejercer su discreción que va más allá del más bien “técnico” artículo 17 (punto 51). Sin embargo, esta discreción no convierte la cláusula en un mero instrumento político que autorice a prescindir de los criterios jurídicos por ella previstos (gravedad del crimen, interés de la víctima, edad o enfermedad del presunto autor y rol del autor en el presunto crimen); antes bien, el fiscal debe tomar una decisión jurídicamente fundada en cada caso particular (punto 52).

Introducción

1. En los últimos años el tema de la *justicia de transición* ha recibido una creciente atención en las sociedades en conflicto y posconflicto.² La justicia de transición, tal como es entendida en este estudio, “comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”.³ Aunque un cambio de régimen no es para nada un fenómeno nuevo, el concepto de justicia de transición es reciente e innovador en cuanto reconoce

^{N del T} Véase la nota del traductor posterior a la nota 390.

² Véase el estudio en tres volúmenes del Instituto de la Paz (Neil J. Kritz (ed.), *Transitional justice*, US Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995) que es sin embargo esencialmente una reimpresión de artículos y materiales ya publicados.

³ Report Secretary General transitional justice, par. 8; para una definición amplia similar Louis Bickford, “Transitional Justice”, en *The Encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3 (Nueva York: Macmillan Reference, 2004), p. 1045.

KAI AMBOS

la importancia de la “justicia” en los procesos de transición; brevemente, justicia de transición trata de la justicia en la transición.⁴ Sin embargo, la justicia de transición no se limita a situaciones posconflictuales y/o de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal.⁵ Las medidas aplicadas en tales situaciones pueden ser de naturaleza judicial y/o no judicial “con distintos niveles de participación internacional (o sin ella)” y pueden consistir en “persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, descalificación y destituciones, o una combinación de ellas”.⁶ La clase de transición y el rol de la (antigua) elite en el proceso afectan la clase de justicia de transición y su éxito, dado que las posibilidades de la justicia de transición aumentan a medida que disminuye la influencia de la (antigua) elite.⁷ El éxito de la justicia de transición puede ser medido por la calidad de las reformas políticas logradas;⁸ en particular, si y en qué medida la justicia de transición contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia⁹ y del sistema judicial doméstico.¹⁰ El período de tiempo en el cual tiene lugar la transición varía de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede atravesar diferentes fases.¹¹ Aunque la justicia de transición estructuralmente enfrenta problemas similares a los de

⁴ Véase también Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005), 211, p. 214 ss., con una buena definición: “forma específica de justicia, caracterizada por aparecer en contextos excepcionales de transición [...]” (p. 217).

⁵ Colombia es quizás el caso más importante en la actualidad; véase para la “Ley de Justicia y Paz” (n.º 975) la nota 204 y el texto correspondiente. Aunque Angelika Rettberg, “Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional”, en Rettberg (ed.) (nota 4) 1, p. 2 considera que Colombia no es “propia-mente un caso de transición”, ella reconoce que “las preguntas y los debates en torno a la justicia transicional son de gran relevancia para este país”; en todo caso, las posturas de las víctimas difieren entre cuando están en el conflicto y cuando están viviendo en un escenario de posconflicto. Véase Ernesto Kiza, Corene Rathgeber y Holger Rohne, *Victims of war. An empirical study on war-victimization and victims' attitudes towards addressing atrocities* (Hamburgo: Hamburger edition online, 2006) www.Hamburger-Edition.de (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), p. 148 ss., 161.

⁶ Report Secretary General transitional justice, par. 8.

⁷ Cf. Eric Posner y Adrian Vermeule, “Transitional justice as ordinary justice” (2004), p. 117 *Harv.L.Rev.* 761, pp. 769-770; véase también Yasmin Sooka, “Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability” (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* 311, pp. 316-317.

⁸ Cf. Posner y Vermeule (nota 7), p. 768; véase también Leonardo Filippini y Lisa Magarrell, “Instituciones de la justicia en transición y contexto político”, en Rettberg (nota 4), p. 149.

⁹ Cf. Filippini y Magarrell (nota 8), pp. 158 ss.; a favor de un “cambio hacia la democracia” Sooka (nota 7), p. 315.

¹⁰ Sobre la conveniencia de este efecto véase Neil J. Kritz, “Progress and Humility: The Ongoing Search for Post-Conflict Justice”, en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Nueva York: Transnational Publishers, Ardsley, 2002), 55, p. 84.

¹¹ Véase Pierre Hazan, “Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating Transitional Justice” (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 11, p. 28, quien distingue cuatro fases: conflicto armado, fase de represión, fase del inmediato posconflicto (primeros cinco años), mediano plazo (cinco a veinte años), largo plazo.

la justicia ordinaria —por ejemplo, la cuestión de la selectividad de la persecución, de la congestión de los tribunales y de los cambios en la administración pública—,¹² ella se distingue de esta última en cuanto se ocupa de abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado, normalmente autoritario, en el marco de un conflicto militar o, al menos, sociopolíticamente violento.

2. El elemento *justicia* en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es “una idea de responsabilidad y equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos”.¹³ De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva —se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada—¹⁴ y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”).¹⁵ En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto “de un peor a un mejor estado”.¹⁶

3. La experiencia reciente muestra que las exigencias de las víctimas de responsabilidad y justicia con frecuencia, si no siempre, entran en conflicto con los esfuerzos,

¹² Véase Posner y Vermeule (nota 7), p. 761 que sostienen que la justicia de transición es “continua con la justicia ordinaria” (p. 764) y que los problemas respectivos son “a lo más, versiones exageradas de problemas jurídicos ordinarios” (p. 765). Sin embargo, más allá de la diferencia que veo entre justicia ordinaria y de transición (véase el texto), me es difícil compartir el presupuesto de Posner y Vermeule de que “el punto de vista dominante en la literatura académica es que la justicia de transición es contraproducente [...]”. La literatura que conozco no sostiene este punto de vista, sino que más bien considera a la justicia de transición como una forma necesaria de justicia excepcional para situaciones de transición. Del mismo modo, mi lectura de esta literatura no conduce a la conclusión de que los “autores entienden generalmente a la justicia de transición como retrograda” (ibídem, p. 766).

¹³ Report Secretary General transitional justice, par. 7.

¹⁴ Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (Oxford: OUP, 2000) 55; para el caso de la Argentina posdictatorial véase Jaime Malamud-Goti, “Transitional government in the breach: Why punish state criminals?”, en: Kritz (n 2), 189, p. 190.

¹⁵ Barbara Cassin, “Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example” (2006) 88 *ICRC Int. Rev.*, p. 238; Desmond Tutu, “Reflections on Moral Accountability” (2007) 1 *IJTJ* 7: “reconstrucción de nuestro país”, “justicia clemente”, “justicia moral”. Para las diferentes formas de justicia, véase también Susan Opatow, “Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconstruction”, en Bassiouni (nota 10), pp. 207 ss., en particular focalizándose en la reconstrucción social a largo plazo (pp. 212 ss.). Véase también Garth Meintjes, “Post-conflict justice issues: Restoring order and justice. Report of the Rapporteur”, en Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), p. 463 “reforma del sistema judicial y de aplicación del derecho”.

¹⁶ Cf. Cassin (nota 15), p. 238 refiriéndose a Protágoras como citado en Platón, *Theaetetus*, 167 a.

en su mayor parte oficiales, por la paz y la reconciliación. En efecto, el abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación.¹⁷ Para decirlo sin rodeos, el precio de la paz es a menudo la justicia¹⁸ o un “compromiso [*trade off*] entre paz y justicia”.¹⁹ Una definición de justicia de transición centrada en la víctima no toma suficientemente en consideración esta tensión.²⁰ Es un argumento común que una política de persecución penal consecuente podría desencadenar más y peores abusos y hacer peligrar una pacífica transición de un gobierno dictatorial hacia uno democrático o, en última instancia, hasta destruir una incipiente y aún frágil democracia. Se dice que el dilema de las negociaciones de paz es que no se puede excluir a los mayores responsables por los crímenes internacionales sin poner en peligro la paz misma; sin embargo, si se los incluye puede dárseles una legitimación inmerecida.²¹ El argumento subyacente puede ser llamado *argumento de los peores abusos o del riesgo de la transición*. Los académicos de América Latina basados en sus experiencias, en sus propias y dolorosas transiciones, probablemente lo han articulado con mayor contundencia.²² Además, la Corte Constitucional sudafricana, en su histórica decisión

¹⁷ Véase Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (La Haya: TMC Asser Press, 2005), p. 66 (nm 190): “En realidad, el abstenerse de castigar crímenes de derecho internacional puede ser necesario en casos concretos para restaurar la paz doméstica y hacer posible la reconciliación nacional”. Para una buena discusión de los argumentos en contra de la persecución penal, véase Mark J. Osiel, “Why prosecute? Critique of punishment for mass atrocity” (2000) 22 *HRQ* 118, pp. 119 ss., 128 ss., 147.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Opatow (nota 15), p. 210; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht* (Tübinga: Mohr Siebeck, 2.ª ed. 2007), nm 204.

¹⁹ BBC World News, 27.2.2007, 9 p.m.

²⁰ Para tal definición véase por ejemplo Julián Andrés Durán Puentes, “La importancia de una ley de lustración para el proceso de justicia transicional”, 54 *Facetas Penales* (Leyer, Colombia) 33.

²¹ Cf. Paul Williams, “The Role of Justice in Peace Negotiations”, en Bassiouni (nota 10), p. 117.

²² Véase Carlos S. Nino, “The duty to punish past human rights abuses put into context: The case of Argentina” (1999), 100 *YJ* 2619, p. 2620; José Zalaquett, “Balancing ethical imperatives and political constraints: The dilemma of new democracies confronting past human rights violations” (1992) 43 *Hastings Law Journal* 1425, p. 1425, 1432; Malamud-Goti (nota 14), p. 191; Charles Villa-Vicencio, “Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet” (2000), 49 *Emory Law Journal* 205, p. 212; Ruth Fuchs, “A grandes odios, grandes perdones: Vergangenheitspolitik in Uruguay 1985-1986” (2007), 16 *Latinamerika Analysen* 35, p. 54 (sobre la discusión en Uruguay); García Ramírez, voto separado en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (nota 96), par. 11 (refiriéndose a su voto separado en el caso *Castillo Páez* en donde reconoce, en principio, “la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación”. Véase también Mahnouch H. Arsanjani, “The International Criminal Court and national amnesty laws” (1999), *Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law*, 65, p. 66: “a veces [...] la única opción viable para frenar el derramamiento de sangre”. En la misma dirección Christopher C. Joyner, “Policy considerations on accountability, peace and justice. Report of the Rapporteur”, en Joyner (ed.), *Reigning in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 37, p. 38; Michael Scharf y Nigel Rodley, “International Law Principles on Accountability”, en Bassiouni (nota 10), pp. 89-90; Madeline Morris, “Lacking a Leviathan: The Quandaries of Peace and Accountability”, ibídem, p. 135; Richard Goldstone y Nicole Fritz, “In the interests of justice and independent referral: The ICC Prosecutor’s unprecedented powers” (2000), 13 *IJL* 655, pp. 659-660; Anja Seibert-Fohr, “The relevance of

sobre la disposición de amnistía contenida en el epílogo a la Constitución interina de 1994,²³ recuerda que una transición exitosa no requiere solamente “el acuerdo de aquellos victimizados por abusos, sino también el de aquellos amenazados por la transición a una sociedad democrática [...]”.²⁴ La CVR de Sierra Leona reconoció la credibilidad de la posición del gobierno en cuanto a que sin una oferta de amnistía e indulto el Acuerdo de Paz de Lomé²⁵ no habría existido.²⁶

4. Sin embargo, aunque todos estos argumentos puedan ser correctos en las situaciones a las cuales se refieren, no necesariamente son aplicables a otras situaciones; con frecuencia, a estos argumentos les falta respaldo empírico,²⁷ pueden ser exagerados²⁸ y raramente están acompañados por una precisa definición de los conceptos decisivos empleados —paz, reconciliación y justicia—. En particular, que la renuncia a la persecución penal realmente contribuya a la *reconciliación* obviamente depende del contenido del concepto. Aunque un concepto minimalista de reconciliación en el sentido de “coexistencia no letal” es menos exigente que una comprensión más sustantiva en el sentido de “reciprocidad

the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commissions” (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 553, p. 571; Susan Kemp, “The Inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts” (2004), 15 *CLF* 67, pp. 69-70; Matthew Brubacher, “Prosecutorial discretion within the International Criminal Court” (2004), 2 *JICJ* 71, p. 82; Paul Seils y Marieka Wierda, “The International Criminal Court and conflict mediation” (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005) www.ictj.org/images/content/1/1/119.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), pp. 12-13; Helmut Kreicker, “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, en Eser, Sieber y Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. VII (Berlín y Friburgo: Duncker & Humblot, 2006), p. 306. William A. Schabas: “Complementarity in practice: some uncomplementary thoughts” (2008), 19 *Criminal Law Forum (CLF)* 5, p. 22. Para los antecedentes de la discusión en los años ochenta, Diane Orentlicher, “‘Settling accounts’ revisited: Reconciling global norms with local agency” (2007), 1 *UTJ* 12-3.

²³ El título del epílogo es “Unidad nacional y reconciliación”. La Constitución se propone tender “un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por luchas, conflicto, sufrimiento e injusticia incalculables, y una futura, fundada en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades para todos los sudafricanos, independientemente del color, raza, clase, creencia o sexo” (epílogo, párrafo 1). Para este propósito establece el párrafo 5, cláusula 1 del epílogo: “Para avanzar hacia tal reconciliación y reconstrucción, la amnistía será concedida respecto a hechos, omisiones y delitos asociados con objetivos políticos y cometidos en el curso de los conflictos del pasado”. La Constitución del 18 de diciembre de 1996 no contiene más este epílogo.

²⁴ *AZAPO et al. vs. The President et al.* [25 de julio de 1996] Caso CCT 17/96 (Corte Constitucional de Sudáfrica), par. 19. Véase también Alex Boraine, *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission* (Oxford: OUP, 2001), p. 285, recordando la amenaza de las fuerzas de seguridad.

²⁵ Véase la nota 225.

²⁶ *3B Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission* (Ghana: GPL Press, 2004), capítulo. 6, p. 365, par. 10 (en adelante: “Sierra Leone TRC Report”).

²⁷ Hazan (nota 11), p. 22, critica con razón la falta de análisis empírico de los efectos de la justicia de transición y pretende llenar este vacío (pp. 19, 27 ss.); sin embargo, él solo ofrece algunas hipótesis basadas en informaciones periodísticas, admitiendo que sería necesaria una investigación más profunda (por ejemplo, en la p. 35).

²⁸ Véase, por ejemplo, en cuanto al argumento aparentemente exagerado de una crisis institucional en el Uruguay posdictatorial Fuchs (nota 22), p. 63.

democrática” o incluso de armonía social,²⁹ tal como expresa el concepto africano de *Ubuntu*,³⁰ solo el último justificaría medidas de clemencia. Por consiguiente, si se adopta tal concepto —más significativo— de reconciliación, no es para nada seguro que el apaciguamiento de los mayores criminales por medio de impunidad conduzca a la reconciliación o incluso a una paz sostenible;³¹ por el contrario, en muchos casos la persecución penal puede prometer más para facilitar la reconciliación y la construcción nacional³² y hasta puede ser un requisito para la verdadera reconciliación.³³ En todo caso, los datos empíricos muestran que la abrumadora mayoría de las víctimas exigen responsabilidad en la forma de persecuciones penales, juicios y castigo³⁴ y rechazan la amnistía;³⁵ cuanto más alto es el grado de victimización, tanto más se exige persecución penal y castigo.³⁶ Además, la justicia, tal como es entendida por la teoría de la justicia de transición, no es necesariamente

²⁹ Sobre estas formas de reconciliación véase David Crocker, “Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation” (2002), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 509, pp. 525 ss.; siguiendo a Louise Mallinder, “Exploring the practice of states in introducing amnesties” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), puntos 56 ss. Véase también Juan E. Méndez, “National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court” (2001), 15 *Ethics and International Affairs* 25, 28, dando al término reconciliación un significado más sustancial (“a largo plazo dejando a un lado disputas [...] que han dividido una sociedad”); sobre los diferentes significados también Sooka (nota 7), pp. 320 ss. (exigiéndose un “conjunto de objetivos holísticos”), p. 320; Toni Pfanner, “Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross” (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* 363, p. 373; Karen Brouneus, “Reconciliation and Development” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), p. 5.

³⁰ Sobre el concepto de *Ubuntu* véase Boraine (nota 24), p. 362.

³¹ Cf. Angelika Schlunck, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts* (Berlín: Berlin Verlag Spitz, 2000), pp. 129, 130-131, 262 refiriéndose especialmente al proceso de paz salvadoreño; Joyner (nota 22), p. 40 (“Paz sin justicia no es durable”), Ivan Simonović, “Dealing with the legacy of past war crimes and human rights abuses” (2004), 2 *JICJ* 701, p. 702; Laura M. Olson, “Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. Amnesties” (2006), 88 *ICRC Int. Rev.* 275, p. 284.

³² Darryl Robinson, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court” (2003), 14 *EJIL* 481, p. 489; Héctor Olásolo, “The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?” (2003), 3 *ICLR* 87, p. 139.

³³ Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 211, 224, 229 (con especial referencia a Colombia en las pp. 227 ss.).

³⁴ De acuerdo con Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 97, cuadro 18, el 79% de las víctimas entrevistadas en Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Camboya, Croacia, República Democrática del Congo, Israel, Kosovo, la antigua República Yugoslava de Macedonia, los territorios palestinos, Filipinas y Sudán deseaban la persecución de los autores. El 68% de los entrevistados querían que los autores fueran juzgados y sentenciados a la pena de muerte (el 4%), a la prisión (el 36%) o a una sanción monetaria (el 45%) (pp. 111 ss., cuadro 28); para un resumen véase ibidem, pp. 121, 156, 158. Estas conclusiones se corresponden con aquellas concernientes a la actitud de los Acholi en el norte de Uganda (ICTJ/Human Rights Center, 2005, 28 ss.). Sobre este y otros estudios Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 50 ss. Concordantemente también Orentlicher (nota 22), p. 22. De acuerdo con la OACDH, sin embargo, especialmente la gente del país de los Acholi (*Acholiiland*) no está a favor de los procesos, no por razones de principio, sino por razones muy específicas (OHCHR, “Making peace our own-Victims Perception of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda”, pp. 49 ss. http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf, visitada por última vez el 3 de octubre de 2007).

³⁵ Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 112, 114, 121 y el cuadro 28; OHCHR (nota 34), pp. 48 ss. para una visión “más variada y complicada que la usualmente descrita” de la posición de las víctimas en el norte de Uganda. Para ellas, la amnistía no es una respuesta automática a los crímenes, sino más bien ella está motivada por diversas consideraciones pragmáticas en cuanto a la rápida reintegración de los rebeldes en la sociedad.

³⁶ Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 140 (cuadro 39), p. 141 (cuadro 40).

aquella experimentada por quienes están en el terreno de conflicto.³⁷ A la luz de estas conclusiones no sorprende que en Sudáfrica se reconociera que una "amnistía per se no puede [...] tener un efecto reconciliador y podría de hecho conducir a la perpetuación de las divisiones existentes, a menos que sea concedida con la debida consideración de ciertos requisitos y principios".³⁸ Tampoco sorprende lo que fue constatado para Uganda en cuanto a que, aunque la amnistía del año 2000 fue considerada "una herramienta vital" para la reconciliación, al mismo tiempo la falta de mecanismos paralelos para contar la verdad (*truth-telling*) y admitir la culpabilidad obstaculizó el proceso de reconciliación.³⁹ Por lo tanto, es claro que una amnistía sola no satisface las demandas de una verdadera reconciliación; ella debe ser acompañada de mecanismos alternativos que permitan el completo y público establecimiento de la verdad y el reconocimiento por los responsables de sus conductas criminales.⁴⁰ Esto es nuevamente confirmado por un estudio sobre víctimas según el cual el propósito predominante de emprender acciones contra los autores es revelar la verdad acerca del pasado.⁴¹ El argumento del riesgo de la transición en definitiva chantajea a un "nuevo" Estado y a su judicatura,⁴² y ello puede ser un mal comienzo para el establecimiento de una verdadera democracia y un Estado de derecho.⁴³ Incluso el argumento de

³⁷ Véase la utilísima investigación de Kimberly Theidon, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia" (2007), 1 *ICTJ* 78-9 que concluye que justicia para los combatientes desmovilizados en Colombia significa esencialmente venganza. Véanse también las citas selectivas en la nota editorial, 1 *UTJ* 1 (2007), que indican que el interés de las víctimas va desde juicios públicos a empleos y educación.

³⁸ Memorandum de la *Promotion of National Unity and Reconciliation Bill* ("Carta para la Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación") de 1995, www.doi.gov.za/trc/legal/b30_95.htm (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007), también citado en Schlunck (nota 31), p. 230.

³⁹ Cf. Refugee Law Working Paper 2005: "Las investigaciones sugieren que, a pesar de varios desafíos en su implementación, la ley de amnistía es percibida como una herramienta vital para la resolución del conflicto y para la paz y la reconciliación a largo plazo dentro del contexto específico en el cual está operando. Además, varios encuestados hacen hincapié en el hecho de que ella se corresponde con la específica comprensión cultural de justicia: la amnistía está teniendo lugar en sociedades en las cuales la posibilidad de perdón legal y social es vista como un mecanismo que mejor atiende las exigencias de reconciliación a largo plazo que las formas de castigo más tangibles adjudicadas en el marco del sistema jurídico. Sin embargo, las investigaciones también indican que la falta de mecanismos formales para el proceso de contar la verdad o de admisión de la culpabilidad de parte de los antiguos combatientes está dificultando actualmente el proceso de reconciliación". De acuerdo con Erin Baines, "The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda" (2007), 1 *UTJ* 101 los "Acholi son una de las primeras poblaciones víctimas en el mundo a ejercer presión sobre su gobierno para la sanción de una amnistía absoluta".

⁴⁰ Memorandum (nota 38); sobre la necesidad de reconocimiento de los hechos también Sooka (nota 7), p. 318.

⁴¹ Véase Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 123 (cuadro 34), 126: El 66% de las víctimas considera el "contar la verdad" (*truth-telling*) como el propósito más importante de emprender acciones contra los responsables, el 27% permitir a la gente vivir conjuntamente, el 20% venganza; en el mismo sentido, OHCHR (nota 34), p. 47: "La verdad acerca de las atrocidades del pasado es el resultado más esperado que los mecanismos de justicia transicional pueden proporcionar".

⁴² Véase también Méndez (nota 29), p. 31; Robinson (nota 32), p. 497.

⁴³ Véase también Méndez (nota 29), p. 33.

la necesidad de una amnistía para poner fin a las hostilidades es controvertido.⁴⁴ De todo esto se sigue que no debería sobreestimarse el efecto restaurativo de la amnistía y el olvido, ni subestimarse el poder reconciliador de la justicia (penal).⁴⁵ La cuestión de cómo hacer frente a los crímenes y autores de un antiguo régimen es demasiado difícil y compleja como para darle soluciones fáciles y rápidas.⁴⁶ Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta;⁴⁷ un análisis puramente jurídico pierde de vista estas circunstancias en su mayor parte sociopolíticas⁴⁸ y la dimensión moral de la justicia de transición.⁴⁹ Es crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia tomando en consideración todos los intereses en juego⁵⁰ (sobre este ejercicio de ponderación véanse con mayor detalle los puntos 19 ss.).

5. La técnica más importante para eximir de persecución penal a los autores es la concesión de una *amnistía* en la forma de una amnistía política o posconflictual; otros tipos de amnistías, quizás menos polémicos, tales como las amnistías a favor de

⁴⁴ Véase Méndez (nota 29), p. 35 "no es para nada seguro [...]".

⁴⁵ Cf. Crocker (nota 29), pp. 511, 544, quien discute críticamente los argumentos a favor de la reconciliación adelantados por Desmond Tutu. Véase también Shane Darcy, "Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice" (2007), 20 *LJIL* p. 402 que señala que los tribunales o cortes internacionales no son una "panacea" para los complejos problemas de un proceso de transición.

⁴⁶ Cf. Marvin Frankel, *Out of the Shadows of the Night: The Struggle for International Human Rights* (Nueva York: Delacorte Press, 1989), pp. 103-104: "Una nación dividida durante un régimen represivo no emerge de repente unida cuando ha pasado el tiempo de la represión".

⁴⁷ Cf. Méndez (nota 29), pp. 29, 33; Posner y Vermeule (nota 7); véase también Claudia Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005), pp. 166, 167; Carsten Stahn, "The geometry of transitional justice: choices of institutional design" (2005), 18 *LJIL* 425, pp. 428; Seils y Wierda (nota 22), pp. 13-14; Catalina Botero M. y Esteban Restrepo S., "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en Rettberg (ed.) (nota 4), p. 20; Durán (nota 20), p. 34; Olson (nota 31), p. 294; Orentlicher (nota 22), p. 18.

⁴⁸ Véase también Kemp (nota 22), p. 69: "análisis puramente jurídico [...] no realista"; igualmente en cuanto a la lucha contra la impunidad Meintjes (nota 15), p. 459; sobre la importancia del contexto político también Filippini y Magarrell (nota 8), pp. 149 ss.; Chandra Lekha Sriram y Amy Ross, "Geographies of Crime and Justice: Contemporary Transitional Justice and the Creation of Zones of Impunity" (2007), 1 *UTJ* pp. 45-65 identificando "zonas de impunidad" especialmente en países africanos.

⁴⁹ Desde una perspectiva moral o ética es posible disociar lo moral de lo jurídico, esto es, la renuncia a una persecución penal del perdón moral: "Es por esta razón que el perdón y la amnistía no van necesariamente de la mano. Un crimen puede ser amnistiado por ley sin ser moralmente perdonado. En el excelente film de André Van In The Truth Commission. la viuda de Bheki testifica [...] lo que ella vio (partes del cuerpo de Bheki esparcidos por todo el garage). "¿Cómo podría alguna vez perdonar a aquel cruel asesino?", ella pregunta (palabras más, palabras menos). Y Yasmin Sooka, quien conducía el procedimiento, responde con mucha delicadeza con algo como esto: "Es verdad que esta gente está pidiendo amnistía, pero usted no está obligada a perdonarlos". Usted no está obligada a perdonarlos, pero nosotros vamos a conceder la amnistía. La disociación de lo ético de lo jurídico-político era esencial al mecanismo" (citado según Cassin (nota 15), p. 239; véase también Osiel (nota 17) refiriéndose a Jaspers).

⁵⁰ Cf. Crocker (nota 29), pp. 546, 549; Méndez (nota 29), p. 28 rechazando los "extremos de ambas posturas"; Colleen Duggan, "Prólogo", en Rettberg (ed.) (nota 4), p. viii, que sostiene que hoy "la decisión es entre cuánta justicia y cuánta paz"; Uprimny y Saffon (nota 4), p. 216 ("resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo [...] y las exigencias prácticas de amnistía [...]"), p. 217 ("encontrar un punto medio entre [...] justicia retributiva plena [...] y de impunidad absoluta [...]") y 229.

criminales comunes, las amnistías en ocasión de determinadas festividades⁵¹ o las llamadas amnistías correctivas usadas para revertir una injusticia⁵² no son relevantes en nuestro contexto.⁵³ Curiosamente, Immanuel Kant, el gran defensor de la retribución, escribió en su *Metafísica de las costumbres* que “el verdadero concepto de paz supone la idea de la amnistía”.⁵⁴ Así, no sorprende que en los modernos procesos de paz abunden ejemplos de propuestas de amnistía, las cuales entran en conflicto con las exigencias de justicia. Tómese por ejemplo el caso de El Salvador, donde el tratado de paz del 16 de enero de 1992 expresó el compromiso de las partes de poner fin a la impunidad, afirmando explícitamente que los crímenes graves “deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia”;⁵⁵ sin embargo, pocos días después la Asamblea Legislativa aprobó una Ley de Reconciliación Nacional que preveía una amnistía retrasada y en marzo de 1993 —después de la publicación del informe de la CVR— fue promulgada una amnistía general para quienes hubieran participado en la comisión de “delitos políticos, comunes conexos con estos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos”.⁵⁶

6. A pesar de la enorme importancia práctica de las exenciones de persecución penal dentro del marco de la justicia de transición, la práctica y el debate corrientes padecen de la *falta de reglas y criterios claros* que ayuden a reconciliar la paz y la justicia en situaciones de transición. La ausencia de tales reglas deja completamente a la libre discreción de los negociadores el hecho de si aceptan o no exenciones a la persecución penal.⁵⁷

⁵¹ Véase ICTJ Guidelines, p. 4.

⁵² Cf. Ronald C. Slye, “The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law: is a legitimate amnesty possible?” (2002), 43 *Virginia Journal of International Law*, 243-4 (2002); sobre esta distinción véase la nota 89.

⁵³ Para un análisis empírico de las motivaciones estatales para la concesión de amnistías, véase Mallinder study (nota 29), par. 6 ss., incluida la figura 1 en donde concluye que la razón más común es la presión interna, seguida por la búsqueda de paz y reconciliación, las tradiciones culturales o jurídicas, la presión internacional, el favorecimiento del mismo régimen, las reparaciones y el favorecimiento de los exiliados. Mallinder muestra además de que manera son introducidas las amnistías (par. 19 ss., incluida la figura 2: en la mayoría de los casos por medio de decretos del poder ejecutivo o leyes del Parlamento) y quienes se benefician con ellas (par. 26 ss., incluida la figura 3: la mayoría de las veces, los opositores políticos). Las demás conclusiones serán referidas en lo siguiente en el texto.

⁵⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, § 58, 1797.

⁵⁵ Citado en Schlunck (nota 31), p. 116; Douglas Cassel, “Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities” (1996), 59 *Law and Contemporary Problems* 196, p. 224; Margaret Popkin, “The Salvadorean Truth Commission and the Search for Justice” (2004) 15 *CLF* 105, pp. 108-109.

⁵⁶ Citado según Cassel (nota), p. 225; véase también Popkin (nota 55), pp. 109, 115; Schlunck (nota 31), p. 116. Para un detallado análisis del proceso en El Salvador véase Thomas Buergenthal, “The UN Truth Commission for El Salvador”, en Kritz (nota 2) 292, pp. 295 ss.; Schlunck (nota 31), pp. 87 ss.; Cassel, op. cit., pp. 224 ss.

⁵⁷ Para los clásicos argumentos políticos véase Michael Scharf, “The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court” (1999), 32 *Cornell Int'l L.J.* 507, pp. 508 ss.; para un enfoque orientado a la

Los argumentos políticos prevalecen sobre las consideraciones jurídicas y la mayoría de las veces el resultado depende de la relación de poder entre las partes negociadoras. Por lo tanto, es necesario desarrollar “una base común de normas y estándares internacionales”⁵⁸ para “judicializar” las políticas de la justicia de transición.⁵⁹ Este estudio intentará hacer una modesta contribución a este respecto, a través de analizar e identificar, en la primera parte (sección I), el fundamento jurídico concreto y los contenidos del interés de justicia en la justicia de transición; como resultado de este análisis será posible distinguir entre amnistías admisibles e inadmisibles y otras medidas de exención. La creciente importancia de la CPI hace necesario examinar, en la segunda sección (II), su derecho con respecto a los procesos de paz.

I.

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERÉS DE JUSTICIA: LINEAMIENTOS SOBRE EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL, EN PARTICULAR AMNISTÍAS

7. Un concepto amplio de justicia, como el definido en el punto 2, cuenta con una completa gama de medidas para cumplir con un estándar mínimo de justicia y no está limitado a medidas de justicia penal tales como investigación, persecución y finalmente castigo.⁶⁰ Sin embargo, la persecución penal de crímenes internacionales siempre ha estado y aún está en la vanguardia de la lucha global contra la impunidad. Es suficiente hacer referencia al instrumento probablemente más importante de esta lucha, el Estatuto de Roma de la CPI, que en su preámbulo (párrafo 4) afirma que la persecución de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” “no deben quedar sin castigo” y que la “persecución efectiva” de estos crímenes “debe ser garantizada”. De este modo, el primer elemento del interés de justicia que ha de ser definido es un posible deber jurídico de perseguir crímenes internacionales (puntos 8 y 9);

política también Cassel (nota 55), p. 228 refiriéndose a la Escuela de New Haven (“[...] criterios jurídicos no sirven como límites mecánicos, sino como objetivos de orden público explícitamente postulados [...]).

⁵⁸ Report Secretary General transitional justice, par. 1; abogando por también Cassel (nota 55), pp. 204 ss., quien, sin embargo, las mitiga considerablemente por su enfoque político (nota 57).

⁵⁹ La idea de una “judicialización de la política de la justicia transicional” proviene de Iván Orozco, “Reflexiones impertinentes: Sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia”, en Rettberg (nota 4), p. 187 quien reconoce tal “judicialización” debido al creciente tratamiento judicial de situaciones de justicia de transición.

⁶⁰ Véase también Kemp (nota 22), p. 69.

tal deber, obviamente, puede limitar enormemente la discreción de los negociadores con respecto a exenciones de persecución penal. Luego habremos de examinar e identificar los derechos de las víctimas derivados del interés de justicia (puntos 10 ss.). Finalmente, podrá sugerirse el tratamiento apropiado de las amnistías (puntos 23 ss.).

1. El deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares

8. Antes de la adopción y entrada en vigor del Estatuto de la CPI era controvertido si, y en particular en qué medida, existía en derecho internacional un deber de perseguir crímenes internacionales.⁶¹ Aunque tal deber era deducido convincentemente de obligaciones de tratados —por ejemplo, de las convenciones sobre el Genocidio,⁶² de Ginebra⁶³ o sobre la Tortura,⁶⁴ respecto a los crímenes de genocidio, graves infracciones

⁶¹ Véase, para una detallada discusión antes del Estatuto de la CPI, Kai Ambos, "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen" (1999), 37 AVR pp. 318 ss., e ídem, *Impunidad y derecho penal internacional* (Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1997 y Editorial Diké, Medellín 1997; 2da. ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1999), pp. 66 ss., con referencias a la doctrina hasta esa fecha. La literatura posterior reconoce de manera abrumadora un deber de perseguir: John Dugard, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en A. Cassese, P. Gaeta y J. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume I* (Oxford: OUP, 2002) 693, pp. 696-97; Botero y Restrepo (nota 47), pp. 26 ss.; HRW, 2005, pp. 9 ss.; identificando una "tendencia" hacia tal deber Karlijn Van der Voort y Marten Zwanenburg, "From 'raison d'État' to 'état de droit international' — Amnesties and the French implementation of the Rome Statute" (2001), 1 ICLR 315, pp. 316, 324; para un deber parcial dependiendo del crimen, Helmut Gropengießer y Jörg Meißner, "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court" (2005), 5 ICLR 267, pp. 272 ss.; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, p. 21; críticamente sobre un derecho al castigo aplicable, Teitel (nota 14), p. 55.

⁶² Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, adoptada por la Resolución 260 (III) A de la AG de la ONU, 9.12.1948, www.preventgenocide.org/ (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

⁶³ Primer Convenio de Ginebra "para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña" (adoptado primeramente en 1864, última revisión en 1949). Segundo Convenio de Ginebra "para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar" (adoptado primeramente en 1949, sucesor de la Convención de La Haya X de 1907). Tercer Convenio de Ginebra "relativo al trato debido a los prisioneros de guerra" (adoptado primeramente en 1929, última revisión en 1949). Cuarto Convenio de Ginebra "relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra" (adoptado primeramente en 1949, basado parcialmente en la Convención de La Haya IV de 1907). Véanse también los tres protocolos adicionales. Protocolo I (1977): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Protocolo II (1977): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Protocolo III (2005): Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.8.1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional; véase www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions?opendocument (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

⁶⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, adoptada por Res. 39/46 de la AG de la ONU, 10.12.1984, www.ohchr.org/english/law/cat.htm (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

y tortura⁶⁵ respectivamente—, se limitaba a los Estados partes de esos tratados. Más allá de ello, es controvertido en qué medida tal deber puede derivarse del derecho consuetudinario internacional (artículo 38 (b) Estatuto de la CIJ) o de los principios generales del derecho (artículo 38 (c) Estatuto de la CIJ). En cuanto al primero, es difícil aducir una práctica de los Estados a este efecto,⁶⁶ y el recurso a los últimos es pasible de crítica, dado que aparentemente quiere superar la falta de una práctica de los Estados o incluso una práctica contraria simplemente ignorándola.⁶⁷ Por otra parte, el deber de respeto y garantía y el derecho a un recurso efectivo de los tratados generales de derechos humanos (por ejemplo, artículo 2 (1) y (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no necesariamente —en contra de la opinión dominante en la doctrina⁶⁸ y en la jurisprudencia de la CIDH—⁶⁹ suponen un deber de persecución penal, por cuanto los derechos

⁶⁵ Cf. Scharf (nota 57) 526; John Dugard, "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?" (1999), 12 LJIL 1003, p. 1004; Schlunck (nota 31), pp. 30 ss. (32), 33 ss. (35); Jessica Gavron, "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court" (2002), 51 ICLQ 92; Scharf y Rodley (nota 22), pp. 92-93; Robinson (nota 32), pp. 490-491; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 317-318; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 273, 274; Carsten Stahn, "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court" (2005), 3 JICJ 703; Thomas Heide Clark, "The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the 'Interests of Justice': Striking a delicate balance" (2005), 4 Washington University Global Studies Law Review 389, p. 399; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, p. 21; HRW, 2005, p. 10; Kreicker (nota 22), pp. 9 ss.; Principles combating impunity, principio 1 A. En cuanto a las infracciones graves, Elizabeth Salmón, "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience" (2006), 88 ICRC Int. Rev. 327, pp. 328, 337; por un deber general de ejercer jurisdicción respecto a todos los crímenes de guerra, Olson (nota 31), pp. 279-280.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, Schlunck (nota 31), p. 49, concluyendo que dicha práctica estatal solo puede ser identificada con respecto al genocidio. Para una *developing obligation* de procesar crímenes contra la humanidad véase Louise Mallinder, "Can amnesties and international justice be reconciled?" (2007), 1 IJTJ 208, p. 214. Para una crítica anterior, véase ya Ambos (nota 61), pp. 328 ss.

⁶⁷ Ambos (nota 61), pp. 332 ss.

⁶⁸ Véase Ambos (nota 61), pp. 319 ss. con otras referencias. Más recientemente sobre el art. 2 (3) PIDCP véase Cherif Bassiouni, "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights", en Bassiouni (ed.) (nota 10), pp. 43 ss.; Principles combating impunity, principio 1 B; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 322; Olson (nota 31), pp. 282-283.

⁶⁹ Desde Velásquez-Rodríguez [29 de julio de 1988] sentencia, par. 162 ss., 166, 174) a *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* [26 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 154, par. 110: "La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación [...]"; en el mismo sentido, más recientemente el HRC, General Comment 31, identifica "obligaciones positivas", en el art. 2 (1) PIDCP y exige "medidas adecuadas o [...] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado" por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por "particulares o entidades privadas" (par. 8); en cuanto al art. 2 (3) PIDCP, el HRC exige "recursos [...] eficaces", "mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos" para dar efecto a la "obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez" (par. 15); además, los "Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia", especialmente en caso de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (par. 18). Para una posición anterior y casi idéntica del HRC con respecto a Uruguay véase Cassel (nota 55) 214. Véase también Basic Principles Victims, sección II y la nota 104.

pueden también ser “garantizados” a través de otros mecanismos y tales mecanismos pueden constituir “recursos” en el significado de estas disposiciones.⁷⁰ Además, es discutible si la obligación general de proteger de manera efectiva los derechos humanos abarca la persecución activa de los autores, dado que los tratados de derechos humanos también procuran proteger a tales autores por medio de las disposiciones sobre el debido proceso (*fair trial*) y otros derechos sustanciales.⁷¹ Sea como sea, el Estatuto de la CPI avanzó considerablemente el debate porque a partir de su entrada en vigor puede decirse con seguridad —sobre la base de los párrafos 4 a 6 del preámbulo—⁷² que un Estado parte de este tratado está, al menos, obligado a perseguir los crímenes previstos en el Estatuto.⁷³ Los Estados no parte pueden estar vinculados por una obligación convencional específica o bien por el efecto combinado de los instrumentos previos al Estatuto de la CPI y este Estatuto. En efecto, el Estatuto ha reforzado el deber del derecho consuetudinario en cuanto expresa —como una clase de “práctica verbal”—⁷⁴ la aceptación general de tal deber respecto a los crímenes de competencia de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).⁷⁵ Este deber será ulteriormente reforzado y consolidado a medida que aumente el número de Estados parte.

⁷⁰ En cuanto al argumento de que un remedio efectivo no necesita necesariamente ser una persecución penal véase Schlunck (nota 31), pp. 44-45; Gavron (nota 65), p. 99 incluida la nota 42 (2002), refiriéndose a decisiones del Comité de Derechos Humanos (HRC) del PIDCP. También el Basic Principles Victims, sección VII, par. 11 incluye en el derecho a un remedio los derechos a “acceso a la justicia”, “reparación” y “acceso a información fáctica sobre las violaciones”.

⁷¹ Sobre esta contradicción véase también Werle (nota 17), nm 187.

⁷² Sobre el párrafo 4 del preámbulo véase ya supra el punto 7. Los párrafos 5 y 6 rezan:

“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

“Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales [...]”.

⁷³ Véase también Schlunck (nota 31), p. 30; en el mismo sentido Mohamed El Zeidy, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law” (2002), 32 Michigan Journal of International Law 869, pp. 947-948, quien considera a estos crímenes incluso como normas de *ius cogens*. Por un deber general (emergente) de perseguir los crímenes de competencia de la CPI Robinson (nota 32), pp. 491-493.

⁷⁴ Véase también Kreicker (nota 22), pp. 12-13, 305.

⁷⁵ Véase también Bassiouni (nota 68), p. 26 y Kritz (nota 10), p. 56 extendiendo este deber a la tortura; para un deber de perseguir “crímenes de derecho internacional”, Basic Principles Victims, sección III, par. 4, y Principles combating impunity, principio 1; a favor, aunque impreciso, también Méndez (nota 29), pp. 26-27, 39; para una “presunción mucho más clara y fuerte a favor de la responsabilidad y en contra de la impunidad” a la luz de los desarrollos de los últimos 10 años Seils y Wierda (nota 22), p. 2; para un deber consuetudinario de perseguir crímenes cometidos en conflictos no internacionales también Elizabeth G. Salmón, “Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience” (2006), 88 ICRC Int. Rev. 327, p. 337. Con respecto al crimen de agresión (art. 5 (1) (d) Estatuto de la CPI) este deber puede surgir con su definición final y efectiva incorporación en el Estatuto.

9. Si un Estado tiene el deber de perseguir ciertos crímenes, es de pura lógica concluir que no puede eximirlos de castigo, por ejemplo, concediendo una amnistía.⁷⁶ El mismo resultado se obtiene de un argumento basado en el Estado de derecho (*rule of law*): si el derecho prevé un deber de perseguir, entonces el Estado de derecho supone una prohibición de amnistía⁷⁷ y como tal constituye un límite a la política;⁷⁸ de otra forma, el mismo orden jurídico y social que debe ser protegido por el Estado de derecho se debilitaría y, en su lugar, se crearía o promovería una cultura de impunidad.⁷⁹ De hecho, el argumento del Estado de derecho supone una serie de otros argumentos a favor de la persecución que son habitualmente conocidos en el debate sobre los fines de la pena:⁸⁰ la no persecución minaría la efectividad de disuasión del derecho penal,⁸¹ la persecución reintegra a la víctimas el estatus de conciudadanos,⁸² envía el mensaje correcto a los autores y también a la sociedad en general (prevención general y especial negativas) y

⁷⁶ Véase para una discusión Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen* (Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1997), pp. 209 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 126 ss.; a favor de tal inferencia argumentan varios autores, por ejemplo, Cassel (nota 55), p. 210; Kritz (nota 10), p. 56; Botero y Restrepo (nota 47), pp. 27 ss. (con especial referencia a Colombia); Kreicker (nota 22), pp. 305-306; indirectamente Principles combating impunity, principio 2; con respecto a las graves infracciones Pfanner (nota 29), p. 371, Véase también HRW, 2005, p. 11; Rober Cryer, Hakon Friman, Darryl Robinson y Elisabeth Wilmshurst, *International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: CUP, 2007), p. 32.

⁷⁷ En general sobre el argumento del Estado de derecho en este contexto Schlunck (nota 31), pp. 24 ss., 62; véase también la declaración de Robert Badinter, ponente de la Comisión de Derecho Constitucional del Senado francés, que enfatiza que una amnistía respecto a crímenes nucleares internacionales simplemente no podría ser concebida en un Estado que respete el Estado de derecho (citado en Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 337).

⁷⁸ Teitel (nota 14), pp. 21-22, 59; Véase también Olson (nota 31), pp. 278-279.

⁷⁹ Véase Meintjes (nota 15), p. 462; Crocker (nota 29), p. 538 y Slye (nota 52), pp. 197-198 haciendo referencia a Aryeh Neier (2002); véase también Olásolo (nota 32), pp. 144-145.

⁸⁰ Cf. Kai Ambos y Christian Steiner, “Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene” (2001) JuS pp. 12-13. Véase también Crocker (nota 29), p. 512; Clark (nota 65), pp. 402-403; críticamente Danilo Zolo, “Peace through Criminal Law?” (2004) 2 JICJ 727 lamentándose (p. 728) de la “pobreza de la reflexión teórica sobre los aspectos fundamentales del significado y cualidad del castigo [...]”.

⁸¹ Crocker (nota 29), p. 536-7; Robinson (nota 32), p. 489; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 225-226; Olson (nota 31), p. 291; críticamente sobre este argumento Malamud-Goti (nota 14), p. 196; Méndez (nota 29), pp. 30-31; también Zolo (nota 80), p. 732: “poco o ningún poder de disuasión”; Hazan (nota 26), p. 35 sostiene que las “partes beligerantes toman en consideración el riesgo de persecución” pero que el “efecto disuasivo, sin rápidas acusaciones y arrestos, pronto disminuye”; William W. Burke-White, “Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo” (2005), 18 LJIL 559, 587-7 afirma que la investigación de la CPI tiene algún efecto disuasivo sobre los líderes rebeldes en la República Democrática del Congo; de manera similar Seils y Wierda (nota 22), p. 19 e ICTJ “Pursuing Justice in ongoing conflict: A Discussion of current Practice” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), p. 6, que explican que la CPI, al igual que el derecho penal nacional, tiene un efecto disuasivo por la probabilidad de que existan “consecuencias”. De acuerdo con Cryer et al. (nota 76), p. 30, la “disuasión difícilmente será posible si los autores potenciales opinan que pueden obtener exenciones de la persecución”.

⁸² De manera similar Malamud-Goti (nota 14), pp. 199 ss.; Méndez (nota 29), p. 31; Seils y Wierda (nota 22), p. 3; sobre un posible efecto terapéutico Hazan (nota 26), pp. 39-40.

reafirma los valores de una sociedad dada (prevención general positiva).⁸³ La reafirmación de valores tales como el derecho a la vida, la integridad corporal y la libertad tiene un efecto estabilizador para el nuevo sistema democrático⁸⁴ y muestra la dimensión moral de la cuestión.⁸⁵ A pesar de todos estos convincentes argumentos a favor de la persecución, el deber de perseguir es considerado en general una regla o principio⁸⁶ 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—⁸⁷ en procesos de paz o reconciliación internos exige un enfoque más flexible.⁸⁸ 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 (véase *infra*, puntos 23 ss.).⁸⁹

⁸³ Véase también Scharf y Rodley (nota 22), pp. 90-91; Teitel (nota 14), pp. 28, 67; Méndez (nota 29), pp. 31-32; Kemp (nota 22), p. 71; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 279; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 225-226; Orentlicher (nota 22), p. 15; críticamente Zolo (nota 80), p. 734: la “concepción retributiva del castigo criminal difícilmente puede reconciliarse con algún proyecto de construcción de la paz social”.

⁸⁴ Teitel (nota 14), p. 67; Boraine (nota 24), pp. 280-281; Seils y Wierda (nota 22), p. 3; Uprimny y Saffon (nota 4), p. 226.

⁸⁵ Robinson (nota 32), pp. 489-490.

⁸⁶ Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 276: “en principio”; Stahn (nota 65), pp. 701, 703; “generalmente incompatible” (701).

⁸⁷ Scharf (nota 57), p. 512; véase también Kemp (nota 22), p. 71; Clark (nota 65), pp. 404, 409; similarmente Arsanjani (nota 22), p. 67, quien considera la amnistía como un “contrato” que es “válido solo en la medida en que las partes [...] cumplan con sus términos”.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, Sierra Leone TRC Report (nota 26), capítulo 6, p. 365, par. 11 (“amnistías no deberían estar excluidas enteramente”), pp. 367-368, par. 20 (“el canje de paz por amnistía representa la menos mala de las alternativas disponibles”). De la misma posición es el CICR, véase Pfanner (nota 29), p. 372 (“ponderación de los intereses en disputa”). Véase también Kemp (nota 22), p. 67 (“la suposición automática de que la búsqueda de la verdad y/o la persecución penal son necesarias [...] ha de ser evitada”), 71 (2004).

⁸⁹ Para la misma distinción Dugard (nota 65) 1005, p. 1009; ídem, en Cassese, Gaeta y Jones (nota 61), pp. 699-700; Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 663-664; Damien Vandermeersch, “Droit belge”, en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Jurisdictions nationales et crimes internationaux* (París: PUF, 2002), p. 108; Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report, p. 23; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61) 325; Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: OUP, 2003) 316 (en relación con la jurisdicción de un tercer Estado); Méndez (nota 29), pp. 39-40; Gwen K. Young, “Amnesty and accountability” (2002), 35 U.C. Davis L. Rev. 427, pp. 456-457; Robinson (nota 32), p. 484; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 588, 590; Salmón (nota 65), pp. 331 ss.; Slye (nota 52), pp. 240 ss., quien distingue, ulteriormente, entre amnistías amnésicas, de compromiso, correctivas y responsables. Véase también García Ramírez, voto separado (nota 230), par. 10 (quien distingue entre “autoamnistías” que son “expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos”, y 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”).

2. Derechos de las víctimas

10. Justicia en justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas. Sin embargo, las víctimas no solo tienen intereses, como parte de una amplia noción de justicia (punto 2), sino también derechos, a saber, un derecho a la justicia⁹⁰ y otros derechos inferidos directamente de la noción de justicia como concepto jurídico. Estos derechos han sido elaborados con gran detalle por la jurisprudencia de los derechos humanos, especialmente por la CIDH. Ellos están también reconocidos explícitamente en el Estatuto de la CPI (cf. artículos 68 (3), 75).⁹¹ Aunque estos derechos no se limitan a la justicia penal *stricto sensu*, la información empírica disponible indica que las víctimas tienen un fuerte interés en la persecución y castigo de los autores⁹² y en su propia participación (*partie civile*) en la persecución penal y los juicios.⁹³ Esto no descarta la posibilidad de que operen mecanismos alternativos a la justicia (puntos 12 ss.), pero ellos solo pueden *complementar y no sustituir* a la justicia penal.⁹⁴

11. En síntesis, las víctimas tienen derecho⁹⁵ a:

- *Verdad*, por ejemplo, al “esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes”;⁹⁶ este es, a la vez, un “derecho de

⁹⁰ Véase Slye (nota 52), pp. 192-193.

⁹¹ De acuerdo con Carsten Stahn, Héctor Olásolo y Kate Gibson, “Participation of Victims in the Pre-Trial Proceedings of the ICC” (2006), 4 JICJ 219 las víctimas tienen amplios derechos de participación en el Estatuto de la CPI conforme a los arts. 15 (3), 19 (3), 53 (3), 61 y 68 (3) del Estatuto de la CPI y las reglas 89-93 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Véase también Karin N. Calvo-Goller, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2006), pp. 244 ss., y Stefanie Bock “Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof” (2007), 119 ZStW, pp. 670 ss. Sobre los derechos de las víctimas a reparación en el Estatuto de la CPI véase más recientemente Anne-Marie De Brouwer, “Reparation to Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Families” (2007), 20 LJIL 207; ICTJ (nota 81), pp. 70 ss., donde se pregunta sobre quién habla en nombre de las víctimas y se constata que las opiniones de las víctimas sobre sus derechos son diversas.

⁹² Véase Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5) y OHCHR (nota 34), ambos tal como citados en la nota 34.

⁹³ Cf. Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 102 ss. incluidos los cuadros 23 y 24 concluyendo que las víctimas tienen un “rol dual” como testigos que contribuyen a la verificación de los hechos y como “narradores” que contribuyen a la verdad histórica (pp. 104, 157).

⁹⁴ Cf. CIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia* [11 de mayo de 2007] sentencia, Serie C n.º 163, par. 187 ss. Esto también es confirmado por el estudio de Kiza, Rathgeber, Rohne (nota 5), véase por ejemplo p. 139 (“nociones reparadoras y punitivas son complementarias”) y pássim. Así, el punto de vista de Clark (nota 65, p. 405) de que los mecanismos alternativos pueden ser preferibles dado que son más abarcadores no está apoyada por evidencia empírica.

⁹⁵ Véase también Gustavo Gallón y otros [18 de mayo de 2006] Sentencia C-370/2006, Expediente D-6032 (Corte Constitucional colombiana), par. 48-9; Juan E. Méndez, “The right to truth”, en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 255, p. 263.

⁹⁶ *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala* [25 de noviembre de 2000] sentencia, Serie C n.º 70 (CIDH), par. 201; *Barrios Altos vs. Perú* [14 de marzo de 2001] sentencia, Serie C n.º 75 (CIDH), par. 48; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* [22 de noviembre de 2004] sentencia, Serie C n.º 117 (CIDH), par. 128; *Comunidad Moiwana*

carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y [...] un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía".⁹⁷ El derecho a la verdad puede ser reconducido a los artículos 32 y 33 del PAI de 1977 a los CG I-IV de 1949;⁹⁸ posteriormente ha sido reconocido, en particular con respecto al destino de los desaparecidos,⁹⁹ por la jurisprudencia (nacional e internacional), por instrumentos de derechos humanos y por la práctica de los Estados,¹⁰⁰ la última, evidenciada en particular por el

vs. Suriname [15 de junio de 2005] sentencia, Serie C n.º 124 (CIDH), par. 203 ss.; Masacre de Mapiripán vs. Colombia [15 de septiembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 134 (CIDH), par. 297; Gómez-Palomino vs. Perú [22 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 136 (CIDH), par. 76 ss.; Blanco-Romero et al. vs. Venezuela [28 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 138 (CIDH), par. 95 ss.; Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia [31 de enero de 2006] sentencia, Serie C n.º 140 (CIDH), par. 219, 266; Baldeón-García vs. Perú [6 de abril de 2006] sentencia, Serie C n.º 147 (CIDH), par. 196; Masacre de Ituango vs. Colombia [1 de julio de 2006] sentencia, Serie C (CIDH), par. 399; Ximenes-Lopes vs. Brasil [4 de julio de 2006] sentencia, Serie C n.º 149 (CIDH), par. 245; Servellón-García et al. vs. Honduras [21 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 152 (CIDH), par. 193; Almonacid-Arellano et al. vs. Chile (nota 69), par. 148 ss.; Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú [25 de noviembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 160 (CIDH), par. 440. Véase también *Hugh Jordan vs. UK* [4 de mayo de 2001] sentencia, 24746/94 [2001] ECHR 327 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), par. 93 ("el propósito general de una investigación es descubrir la verdad acerca de hechos que conducen a la sospechosa muerte de una víctima"). Véase también *Gustavo Gallón y otros* (nota 95), par. 4.9.11.4 ("la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real"). Para la doctrina véase Slye (nota 52), pp. 193-194.

⁹⁷ Caso *Ignacio Ellacuría et al.* [22 de diciembre de 1999] Informe 136/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), par. 224. Véase también la sentencia de la Corte Constitucional peruana en *Villegas Nomuche* [9 de diciembre de 2004] Expediente 2488-2002-HC/TC, par. 9: "Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual [...]"; Jason Abrams y Madeline Morris, "Assessing the efforts to develop international principles or guidelines on accountability. Report of the Rapporteurs", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 347 ("también un derecho colectivo").

⁹⁸ Los arts. 32 y 33 pertenecen a la sección referida a las "[p]ersonas desaparecidas y fallecidas". El art. 32 prevé "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros". El art. 33 obliga a los Estados partes a buscar "las personas cuya desaparición haya señalado una parte adversa" (apartado 1).

⁹⁹ Sobre los mecanismos nacionales e internacionales para esclarecer el destino de los desaparecidos Monique Crettol y Anne-Marie La Rosa, "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* pp. 355 ss.; sobre la cooperación de la CICR con una CVR Planner (nota 29) 368 ss.

¹⁰⁰ El reconocimiento más explícito puede encontrarse en el informe Joinet donde "el inalienable derecho a la verdad" es definido, como parte de un derecho más amplio a conocer (que contiene como "principios generales" adicionales el deber de recordar, el derecho de las víctimas a conocer y las garantías para la implementación), como sigue: "Cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar en el futuro que tales actos no se reproduzcan (anexo 1, principio 1). Véase también la Res. 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos (20 de abril de 2005). Para un análisis detallado del derecho y la práctica internacional (aplicables) véase Yasmin Naqvi, "The right to the truth in international law: fact or fiction?" (2006) 88 *ICRC Int. Rev.* 245, pp. 254 ss.; también Botero y Restrepo (nota 47), pp. 40 ss. Sobre la práctica de los Estados no completamente consistente véase Naqvi, véase arriba, pp. 261-262, 265-

establecimiento de comisiones de verdad y reconciliación. Sobre este trasfondo puede concluirse con seguridad que el derecho a la verdad es una norma consuetudinaria emergente y un principio general del derecho.¹⁰¹

- *Justicia*,¹⁰² a saber, alguna forma de protección judicial o mediante el acceso al sistema jurídico del Estado infractor¹⁰³ (el cual —de acuerdo con la jurisprudencia de derechos humanos—¹⁰⁴ tiene un deber de investigar, perseguir

266. Por un "emergente" derecho a la verdad que es parte de un "más amplio derecho a la justicia" Méndez (nota 95), pp. 257 ss. (260, 263); similarmente Priscilla B. Hayner, "Recording the facts and the truth. Report of the Rapporteur", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 215; para Abrams y Morris (nota 97), p. 347 el derecho a conocer "deriva de la noción de que los Estados tienen un deber de reconocer y recordar los abusos a los derechos humanos". Muchos autores, sin embargo, dan por descontado el derecho a la verdad, véase por ejemplo Elizabeth Odio Benito, "Justice for peace: no to impunity", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 149, p. 151.

¹⁰¹ Véase Naqvi (nota 100), pp. 267-268 cuya conclusión, sin embargo, de que él se ubica "en algún lugar por encima de un buen argumento y en algún lugar por debajo de una clara regla jurídica" (p. 273), aparece demasiado cautelosa y contradice su precedente análisis jurídico (pp. 254 ss.).

¹⁰² La Corte Constitucional colombiana en *Gustavo Gallón y otros* (nota 95), par. 4.9.11.4., define el derecho a la justicia "como aquel que en cada caso concreto proscribe la impunidad".

¹⁰³ Véase Basic Principles Victims, sección VIII, par. 12 "todos los procesos públicos, judiciales, administrativos u otros, disponibles en el derecho doméstico existente, así como en el derecho internacional" (similarmente Principes combating impunity, principio 8); véase también *Hugh Jordan v. UK* (nota 96), par. 16 (la familia de las víctimas "será informada de, y tendrá acceso a, toda audiencia así como toda información relevante para la investigación y tendrá el derecho a presentar otra prueba [...]"), par. 23 ("Las personas afectadas por el uso de la fuerza y de armas de fuego [...] tendrán acceso a un proceso independiente, inclusive un proceso judicial"; para la doctrina véase Slye (nota 52), pp. 195-196, 197; Young (nota 89), pp. 477, 479; también Arsanjani (nota 22), p. 66; Robinson (nota 32), p. 498.

¹⁰⁴ Véase ya la nota 69 y CIDH: *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (nota 96), par. 128; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (nota 96), par. 204; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 295; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* (nota 96), par. 95; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 266; *López-Álvarez vs. Honduras* [1 de febrero de 2006] sentencia, Serie C n.º 141, par. 207; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 168, 195; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 399; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 245; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* [5 de julio de 2006] sentencia, Serie C n.º 150, par. 137 ss.; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 192 ss.; *Gaiburú et al. vs. Paraguay* [22 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 153, par. 164; *Vargas-Areco vs. Paraguay* [26 de septiembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 155, par. 153 ss.; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 148; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 436; *La Cantuta vs. Perú* [29 de noviembre de 2006] sentencia, Serie C n.º 162, par. 222. Véase también TEDH: *Aksoy vs. Turkey* [18 de diciembre de 1996] sentencia, 21987/93 [1996] ECHR 68, par. 98 ("obligación sobre los Estados de llevar a cabo una minuciosa y efectiva investigación de episodios de tortura [...]", "identificación y castigo de los responsables, incluyendo el acceso efectivo del reclamante al procedimiento de investigación"); concordantemente *Aydın vs. Turkey* [25 de septiembre de 1997] sentencia, 23178/94 [1997] ECHR 75, par. 103; *Selçuk and Asker vs. Turkey* [24 de abril de 1998] sentencia, 23184/94, 23185/94 [1998] ECHR 36, par. 96; *Kurt vs. Turkey* [25 de mayo de 1998] sentencia, 24276/94 [1998] ECHR 44, par. 140; *Selmouni vs. France* [28 de julio de 1999] sentencia, 25803/94 [1999] ECHR 66, par. 79; *Hugh Jordan vs. UK* (nota 96), par. 157, 160 con otras referencias. Para una interpretación restrictiva de la jurisprudencia del TEDH Markus Benzing, "The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 608.

y sancionar a los responsables)¹⁰⁵ o mediante un foro (público) alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores.¹⁰⁶

- *Reparación*, usado como un término genérico¹⁰⁷ que abarca la restitución plena (*restitutio in integrum*),¹⁰⁸ la compensación¹⁰⁹ (artículo 75 Estatuto

¹⁰⁵ Para una discusión véase ya supra el punto 8.

¹⁰⁶ Véase *Hugh Jordan vs. UK* (nota 96), par. 11 refiriéndose a una "comisión de investigación independiente o a un procedimiento similar"; véase también *Slye* (nota 52), p. 245; *Clark* (nota 65), p. 409.

¹⁰⁷ Para este uso véase, por ejemplo, HRC, General Comment 31, par. 16 (definiendo reparación como la "restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como disculpas públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos.") véase también Basic Principles Victims, sección X, par. 21 y Principes combating impunity, principio 10 A que refiere a "restitución, compensación, rehabilitación, y satisfacción y garantías de no repetición" como formas de reparación; Teitel (nota 14), p. 119; Bassiouni (nota 68), pp. 37 ss.; Botero y Restrepo (nota 47), pp. 44 ss.; Sooka (nota 7), pp. 319-320; Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 118 incluido el cuadro 32; para una explicación histórica exhaustiva John Torpey, "Making whole what has been smashed: Reflections on Reparations", en Bassiouni (nota 10), pp. 217 ss. Para una investigación sobre los Basic Principles Victims véase Christian Tomuschat "Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law" M.G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), pp. 569 ss. (respecto a la práctica de organismos internacionales seleccionados pp. 581 ss.).

¹⁰⁸ Véase CIDH: *Palomara-Iribarne vs. Chile* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 135, par. 234; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 96), par. 113; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* [25 de noviembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 137, par. 248; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* (nota 96), par. 69; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 228; *López-Álvarez vs. Honduras* (nota 104), par. 182; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* [7 de febrero de 2006] sentencia, Serie C n.º 144, par. 296; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* [29 de marzo de 2006] sentencia, Serie C n.º 146, par. 197; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 176; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 347; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 209; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 117; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 162; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 142; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 141; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 136; *Aguado-Alfaro et al. vs. Perú* (Caso de los trabajadores cesados del Congreso) [24 de noviembre de 2006] sentencia (únicamente en castellano), Serie C n.º 158, par. 143; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 415; *La Cantuta vs. Perú* (n 104), par. 201. Véase también Basic Principles Victims, sección X, par. 22 y Principes combating impunity, principio 10 B ("restituir a la víctima a la situación original anterior a las violaciones"; "restitución incluye: restablecimiento de la libertad, de los derechos legales, del estatus social, de la vida familiar y de la ciudadanía; retorno al lugar de residencia; y restablecimiento del empleo y restitución de la propiedad").

¹⁰⁹ Véase sobre daños pecuniarios CIDH: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (nota 108), par. 216; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94) par. 248; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 183; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 246; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 220; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 126; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 173; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 150; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (n 104), par. 146; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 423; sobre daños no pecuniarios: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 273; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 282; *Palomara-Iribarne vs. Chile* (nota 108), par. 234; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 96), par. 130; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* (nota 104), par. 276; *Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* (nota 96), par. 86; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 254; *López-Álvarez vs. Honduras* (nota 104), par. 199; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* (nota 108), par. 308; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (nota 108), par. 219; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 188; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 383; *Ximenes-Lopes vs. Brasil* (nota 96), par. 227; *Montero-Aranguren et al. (Retén de of Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 130 ss.; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 179 ss.; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 156; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 149 ss.; *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 430; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 201, par. 216. Véase también TEDH: *Hugh Jordan vs. UK*

CPI), la rehabilitación,¹¹⁰ la satisfacción y garantías de no repetición¹¹¹ y otras medidas,¹¹² a saber, resumidamente, medidas que tienden al pleno reconocimiento del estatus de víctima¹¹³ y, en el grado que sea posible, el reestablecimiento de sus derechos.¹¹⁴ Sin embargo, se discute si existe un

(nota 96), par. 166 ss.; *Aksoy vs. Turkey* (nota 104), par. 110 ss.; *Aydin vs. Turkey* (nota 104), par. 131; *Selçuk and Asker vs. Turkey* (nota 104), par. 104 ss.; *Kurt vs. Turkey* (nota 104), par. 174-5; *Selmouni vs. France* (nota 104), par. 123. De acuerdo con los Basic Principles Victims, sección X, par. 23 y los Principes combating impunity, principio 10 C: "[C]ompensación debería ser proporcionada respecto a todo perjuicio económico tasable [...]".

¹¹⁰ Sobre asistencia médica y psicológica véase CIDH: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 302; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 312; *Gómez Palomino vs. Perú* (nota 96), par. 143; *García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* (nota 104), par. 280; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 274; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 206; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 403; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 159; *Miguel Penal Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 448; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 238. De acuerdo con los Basic Principles Victims, sección X, par. 24 y los Principes combating impunity, principio 10 D "[R]ehabilitación debería incluir atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales".

¹¹¹ Según los Basic Principles Victims, sección X, par. 25 y los Principes combating impunity, principio 10 E satisfacción y garantías de no repetición deberían incluir, *inter alia*, cesación de las violaciones, verificación de los hechos, búsqueda de los cuerpos de los asesinados o desaparecidos, disculpas, sanciones judiciales o administrativas contra el responsable, conmemoraciones a las víctimas, prevención de repetición de violaciones. Así, este derecho está en parte confundido con los derechos a verdad y justicia. Sobre las disculpas públicas véase también *Hazan* (nota 26), pp. 42-43; CIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 295.

¹¹² Por ejemplo, búsqueda e identificación de personas desaparecidas o asesinadas, entrega del cuerpo: *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* [7 de junio de 2003] sentencia, Serie C n.º 187 (CIDH) par 12 ss.; *19 Comerciantes vs. Colombia* [5 de julio de 2004] sentencia, Serie C n.º 109 (CIDH), par. 265; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 305 ss.; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 270-273; *Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* (nota 108), par. 315; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 208; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 171; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 231; o medidas educativas: *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 303; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 316 ss.; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 409; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 161; *López-Álvarez vs. Honduras* (nota 104), par. 210; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 200; *Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* (nota 104), par. 147; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 451; monumentos y otros lugares de memoria: *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 315; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 278; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 205; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 408; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 158; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (n 96), par. 199; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 454). Sobre la conmemoración pública con respecto al Cono Sur sudamericano véase Elizabeth Jelin, "Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America" (2007), 1 *IUTJ* 138 ss.

¹¹³ Acto público de reconocimiento de responsabilidad: CIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* [17 de junio de 2005] sentencia, Serie C n.º 125, par. 226; *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (nota 96), par. 216; *Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana* [8 de septiembre de 2005] sentencia, Serie C n.º 130, par. 235; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (nota 96), par. 314; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (nota 96), par. 277; *Baldeón-García vs. Perú* (nota 96), par. 204; *Masacre de Ituango vs. Colombia* (nota 96), par. 406; *Servellón-García et al. vs. Honduras* (nota 96), par. 198; *Goiburú et al. vs. Paraguay* (nota 104), par. 173; *Vargas-Areco vs. Paraguay* (nota 104), par. 158; *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* (nota 96), par. 445; *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 235. Véase también *Sooka* (nota 7), p. 318.

¹¹⁴ La Corte Constitucional colombiana (*Gustavo Gallón y otros* (nota 95)), par. 4.9.11.4., define el derecho a reparación "como aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas". Véase también ICTJ *Guidelines*, p. 5; véase también *Schlunck* (nota 31), pp. 71-72; *Slye* (nota 52), pp. 196-7, 245; *Young* (nota 89), pp. 477, 479; *Robinson* (nota 32), p. 498.

deber estatal de reparar violaciones del derecho internacional, especialmente obligaciones de derechos humanos,¹¹⁵ y la clase de reparación requerida depende mucho del contexto del conflicto.¹¹⁶

3. Alternativas a la persecución penal

12. La renuncia a la persecución penal a cambio de paz y reconciliación plantea la cuestión de las alternativas adecuadas a la justicia y persecución penal. Si bien estas alternativas no necesitan ser un equivalente de la persecución penal —no la sustituyen, sino que solo la complementan (punto 10)—, deben ofrecer un *camino alternativo serio para tratar con el pasado* y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de las víctimas. Esto presupone, en primer lugar, la plena participación de las víctimas en el diseño y la ejecución de estas medidas.¹¹⁷ Respecto a un *proceso de paz*, especialmente respecto a las negociaciones concernientes al tratamiento de los crímenes cometidos, esto significa que la voz de las víctimas debe ser oída. Su participación es indispensable para dar legitimidad a este proceso y hacerlo socialmente aceptable.¹¹⁸ El nivel y el grado de participación de las víctimas es decisivo para la contribución que la(s) medida(s) alternativa(s) pueda(n) hacer a la reconciliación nacional. Una contribución real y

¹¹⁵ Para una discusión crítica véase Christian Tomuschat "Reparation for victims of grave human rights violations" (2002) 10 *Tul.J.Int'l.Comp.L.* pp. 158 ss. Que concluye en la p. 184, que "no existe una regla general de derecho consuetudinario en cuanto a que toda violación grave de los derechos humanos hace surgir un reclamo de reparación individual". A favor de tal deber Res. 2002/44 de la Comisión de Derechos Humanos (23 de abril de 2002), Basic Principles Victims, sección IX (en particular par. 16 refiriéndose a "obligaciones jurídicas internacionales") y Principles combating impunity, principio 9 B. Véase también Bassiouni (nota 68), pp. 48 ss. con ulteriores referencias jurisprudenciales. — Sobre un deber *interestatal* a reparar que nace de la responsabilidad del Estado véase *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) [26 de febrero de 2007] sentencia (ICJ), par. 459 ss. estableciendo en el par. 460 (con otras referencias) que cuando no es posible la *restitutio in integrum* el "Estado lesionado tiene derecho a obtener compensación de parte del Estado que ha cometido un acto ilícito internacional por los daños causados por este" (para el mismo resultado con respecto a las violaciones a los derechos humanos Méndez (nota 95), p. 263).

¹¹⁶ Según Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 118 (cuadro 32), p. 122 la mayoría de las víctimas (42%) exige una compensación económica, el 41% una disculpa (por el ofensor o por un funcionario), el 29% un monumento conmemorativo etc. Sobre una discusión con respecto a los crímenes internacionales véase Teitel (nota 14), pp. 124 ss. Para un panorama sobre las políticas de reparación material y simbólica en España, Argentina y Chile véase Paloma Aguilar "Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.aspx), pp. 10 ss. y pp. 15 ss.

¹¹⁷ Véase UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 11; Report Secretary General transitional justice, par. 18; véase también Duggan (nota 50) xi refiriéndose al reconocimiento (oficial) del sufrimiento de las víctimas.

¹¹⁸ Véase UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 11; Report Secretary General transitional justice, par. 18.

positiva a la reconciliación es, a la vez, un requisito para la legitimación democrática e internacional de la(s) medida(s): ¿Tuvo lugar un proceso de consulta con la sociedad en su conjunto? ¿Se han discutido las medidas públicamente y/o por órganos democráticos, tal como un parlamento elegido democráticamente? ¿Ha sido posible una discusión abierta y libre, con inclusión de una crítica de las eventuales medidas? ¿Tuvo lugar un referéndum? ¿Tomaron parte expertos y/o negociadores (de la ONU)?¹¹⁹

13. La alternativa más importante a una persecución penal (pura) es el establecimiento de una comisión de la verdad y reconciliación (CVR). Según una definición de autoridad, las comisiones de la verdad y reconciliación

[...] son órganos oficiales, temporales y de constatación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones. [...] Las Comisiones de la Verdad pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al constatar hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También pueden servir de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre cómo aceptar el pasado.¹²⁰

De este modo, las CVR intentan hacer frente al pasado estableciendo la verdad, la cual, por un lado, va mucho más allá de la verdad judicial y narrativa de la sala de audiencias (cuyas limitaciones son puestas de manifiesto de la manera más clara a través del uso de procedimientos de reconocimiento de la culpabilidad y otros mecanismos de negociación),¹²¹ pero, por el otro lado, siempre resta incompleta en cuanto solo abre la

¹¹⁹ Cf. Slye (nota 52), p. 245; Robinson (nota 32), p. 497; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 571-572; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 278; Clark (nota 65), pp. 409-410; Duggan (nota 50) xi; también Arsanjani (nota 22), p. 66. En Sudán, el Consejo de Seguridad de la ONU fomenta la creación de instituciones tales como comisiones de la verdad y/o reconciliación, cf. S/RES1593 (2005), adoptada el 31 de marzo de 2005, par. 5.

¹²⁰ Report Secretary General transitional justice, par. 50. Véase en general también Bassiouni (nota 68), p. 32; desde un punto de vista práctico Sooka (nota 7), pp. 315 ss. Para una evaluación positiva de las CVR latinoamericanas Salmón (nota 75), p. 352: "[...] el trabajo de las comisiones de la verdad en la región ha tenido el efecto irreversible de poner a las víctimas de la violencia en primer plano y asegurar que sus voces sean escuchadas [...] los informes documentan una política estatal conciente de usar violaciones de los derechos humanos para alcanzar objetivos gubernamentales".

¹²¹ Véase Mirijian Damaška, "Negotiating Justice in International Criminal Courts" (2004), 2 *JICJ* 1018; véase también Naqvi (nota 100), pp. 271-272, y Christine Bell, "The 'New Law' of Transitional Justice" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.aspx), pp. 8 ss.

puerta a una ulterior investigación y establecimiento de la verdad.¹²² Las CVR pueden establecer lo que algunos han definido como una “verdad global”,¹²³ “verdad macro”,¹²⁴ “verdad moral”,¹²⁵ “verdad de conjunto”,¹²⁶ “verdad objetiva”¹²⁷ o “verdad histórica”¹²⁸ —como opuesta a la mera verdad judicial o fáctica—,¹²⁹ a saber, una verdad que tiene en consideración todas las facetas de los crímenes y conflictos pasados;¹³⁰ sin embargo, esto no es necesariamente así.¹³¹ De este modo, las CVR son la expresión de un enfoque integral necesario para enfrentar los múltiples problemas que surgen en sociedades

¹²² Cf. Martin Imbleau, “Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial” (2004) 15 CLF 159, p. 188 (“comienzo [...] para un establecimiento ulterior de la verdad”); véase también la entrevista a Salomón Lerner, “Interview with Salomón Lerner” (2006), 88 ICRC Int. Rev. 225, art. 227 (“la verdad así expuesta es abierta y susceptible de un enriquecimiento posterior [...] no estamos haciendo una afirmación dogmática, incontrovertible [...] Comienza con una lectura abierta de las interpretaciones y hechos establecidos científicamente que puede complementar esta suerte de búsqueda sin fin de la verdad, que, como sabemos, nunca será completa”). Sobre las diferentes formas de memoria véase también Jelin (nota 112), pp. 141 ss.

¹²³ Priscilla B. Hayner, *Unspeakable truths, confronting state terror and atrocity* (Nueva York y Londres: Routledge, 2001), p. 85.

¹²⁴ Imbleau (nota 122) 177.

¹²⁵ Tristram Hunt, “Whose Truth? Objective Truth and a Challenge for History” (2004), 15 CLF 193, p. 195.

¹²⁶ Rodolfo Mattarollo, “Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence”, en Bassiouni (nota 10) 295, p. 300.

¹²⁷ Boraine (nota 24), p. 287.

¹²⁸ Eduardo González, “The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions” (2004) 15 CLF 55, p. 61; véase también José Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations committed by former governments: Principles applicable and political constraints”, en Aspen Institute, “States Crimes: Punishment or Pardon?” (Colorado: Aspen Institute, Wye Center, 1989), 3, p. 31: “Lo importante es que la verdad sea establecida de una forma aprobada oficialmente, en una manera que permita que las conclusiones formen parte de la documentación histórica [...] y que establezca una versión autoritativa de los hechos, por sobre y encima de consideraciones partidarias”. Críticamente Hunt (nota 125), p. 198, reclama cautela en cuanto al valor de verdad de las CVR y considerándolas como “hechos históricos” más que “fuentes”; sobre este punto véase también Elizabeth Cole, “Transitional Justice and the Reform of History Education” (2007), 1 IJTJ 115, pp. 119-120, quien aboga por una vinculación entre las CVR y la educación histórica; sobre el efecto educativo también Boraine (nota 24), p. 294.

¹²⁹ Sobre los diferentes objetivos de los procesos penales y las CVR véase también *Prosecutor v. Norman*, Decision on the request by the TRC of Sierra Leone to Conduct a Public Hearing with Samuel Hinga Norman [29 de octubre de 2003], Case n.º SCSL-2003-08-PT (Corte Especial de Sierra Leona), par. 12. Véase también Boraine (nota 24), pp. 292 ss.; Cárdenas (nota 47), pp. 172-173.

¹³⁰ Sobre este complejo concepto de verdad véase, con más detalle, Imbleau (nota 122), pp. 160, 162, 167 (verdad “en el contexto de transición”), 177-8, 187 ss.; véase también la entrevista a Lerner (nota 122), pp. 225-226 (“[...] concepto fenomenológico de verdad, si así es como entendemos un proceso de descubrimiento, de descorrimiento del velo y en consecuencia de exploración del sentido, de los significados de las acciones humanas”); Adolfo Chaparro, “La función crítica del ‘perdón sin soberanía’ en procesos de justicia transicional”, en A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), pp. 246 ss. Se refiere a “memoria”; Orentlicher (nota 22), p. 16.

¹³¹ Sobre la verdad parcial véase Osiel (nota 17), p. 134; véase también la discusión crítica en Teitel (nota 14), pp. 81 ss.

posconflictuales,¹³² pero también pueden examinar casos individuales¹³³ y pueden operar con diferentes conceptos de verdad.¹³⁴

14. Con la creciente importancia de las CVR,¹³⁵ especialmente el modelo relativamente exitoso de Sudáfrica,¹³⁶ la investigación también ha aumentado considerablemente.¹³⁷ La investigación muestra que cada una de las CVR debe ser analizada

¹³² Aboga por tal enfoque por ejemplo Kritz (nota 10), pp. 58-59, 66; Naomi Roht-Arriaza, “Civil Society in Processes of Accountability”, en Bassiouni (nota 10), p. 97; idem “Truth Commissions as part of a social process: possible guidelines”, en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), p. 279; para una aproximación holística Stahn (nota 47), p. 458; Sooka (nota 7), p. 320; a favor de “instrumentos múltiples”, Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 111, 162; Orentlicher (nota 22) 16; Jelin (nota 112), p. 156.

¹³³ Véase Mattarollo (nota 126), p. 300 (“verdad individual”).

¹³⁴ Véase Cassin (nota 15), p. 240 refiriéndose a la CVR sudafricana (“De acuerdo con el mismo informe, la CVR trabajó de hecho con cuatro conceptos de verdad explícitamente retóricos e interconectados, cada uno definido por la situación en la cual era expresado. El primero era verdad ‘factual’ o ‘forense’, una verdad judicial referida a las decisiones razonadas del Comité de la Amnistía. El segundo era verdad ‘personal y narrativa’, la verdad expresada en términos prácticos por cada persona durante las audiencias y testimonianzas individuales. El tercero se refería a la verdad ‘social’, una verdad de diálogo obtenida a través del proceso de confrontación o intercambio verbal entre víctimas y torturadores. Y finalmente, la cuarta verdad era la verdad ‘curativa’ y ‘restaurativa’, la verdad donde era decidido trazar un límite, la verdad que era suficiente para producir consenso acerca de aquello sobre lo cual y con lo cual podía ser construida la nación arcoiris. Estos fueron los estadios en la construcción discursiva que creó una verdad efectiva suspendiendo la diferencia entre la verdad real, que es objetiva, y las verdades falsas, que son subjetivas”; sobre estas clases de verdad véase también Boraine (nota 24), pp. 288 ss. Sobre los conceptos de verdad desde una perspectiva filosófica Naqvi (nota 100), pp. 249 ss.

¹³⁵ Cf. *Mallinder study* (nota 29), par. 51, incluida la figura 6 que muestra el aumento desde 1985 a 2005.

¹³⁶ Cf. Boraine (nota 24), pp. 258 ss., indica seis razones del “nivel de éxito” (258) de la CVR de Sudáfrica: apoyo del partido gobernante (ANC) y del gobierno (especialmente del presidente Nelson Mandela); las exitosas negociaciones políticas que precedieron a la CVR, una sociedad civil muy fuerte, el interés de la comunidad internacional, el carácter religioso de la CVR, la personalidad de su presidente Desmond Tutu; sobre los beneficios de una CVR en comparación con las persecuciones penales, ibídem, pp. 286 ss.

¹³⁷ Para un estudio más detallado, véase Hayner (nota 123) Chart 1, Appendix 1, pp. 291 ss., en donde analiza 21 comisiones de la verdad desde 1974; para una actualización véase idem, “Truth commissions: a schematic overview” (2006), 88 ICRC Int. Rev., 295 ss. Un panorama sobre las CVR latinoamericanas proporciona Salmón (nota 75), pp. 344 ss., refiriéndose a Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá y Perú. Véase también Schlunck (nota 31), pp. 64 ss., 260-261 centrándose en El Salvador y Sudáfrica. Sobre la CVR peruana véase González (nota 128), pp. 55 ss. y la entrevista a su presidente Salomón Lerner (nota 122), pp. 225 ss.; sobre la “Comisión para el esclarecimiento histórico” guatemalteca véase Paul Seils, “The Limits of Truth Commissions in the Search for Justice: An Analysis of the Truth Commissions of El Salvador and Guatemala and Their Effect in Achieving Post-Conflict Justice”, en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Nueva York: Transnational Publishers, Ardsley, 2002), pp. 785 ss.; sobre la CVR salvadoreña, ibídem, pp. 779 ss.; Buergenthal (nota 56), pp. 292 ss.; Kemp (nota 22), pp. 77 ss.; Popkin (nota 55), pp. 107 ss.; sobre la CVR de Sierra Leona véase William Schabas, “A synergistic relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone” (2004), 15 CLF 3 ss.; Kritz (nota 10), pp. 66 ss. y Jennifer Poole, “Post-Conflict Justice in Sierra Leone”, en Bassiouni (nota 10), pp. 577 ss.; sobre la “Comisión Nacional de Reconciliación” de Ghana, véase Ken Attafuah Agyemang, “An overview of Ghana’s National Reconciliation Commission and its relationship with the courts” (2004) 15 CLF 125 ss.; sobre la “Comisión para la recepción, la verdad y la Reconciliación” de Timor Oriental (la respectiva Regulación 2001/10 de la UNTAET está reimpresa en Bassiouni (nota 10), pp. 546 ss.), Patrick Burgess, “Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts” (2004), 15 CLF 135 ss. y Kritz (nota 10), pp. 78-79; sobre la CVR de Bosnia-Herzegovina, Kritz (nota 10), pp. 60 ss. La “Ley de Justicia y Paz” colombiana (nota 204) establece una “Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”

según sus propias características, dado que sus competencias y poderes, así como el marco sociopolítico de su funcionamiento, varían enormemente.¹³⁸ Desde un punto de vista estructural simplificado puede distinguirse entre comisiones de la verdad con mandato limitado y sin poderes judiciales, las cuales tienden principalmente a legitimar y/o preparar la impunidad de los mayores responsables (aquí llamadas *CVR de impunidad*) y otras que poseen un amplio mandato con poderes cuasijudiciales,¹³⁹ suficientes recursos y la necesaria independencia para decidir sobre la base de criterios racionales (*CVR efectivas*).¹⁴⁰ Las CVR, en su forma ideal, complementan o preparan la persecución penal.¹⁴¹ En este caso, surgen complejas cuestiones de delimitación entre los tribunales (nacionales e internacionales) y las respectivas CVR,¹⁴² especialmente en cuanto a si y en qué medida las confesiones o los testimonios prestados ante una CVR pueden ser usados en los procesos penales subsiguientes.¹⁴³ Si una CVR es considerada como sustituta de las persecuciones penales, entonces debe cuestionarse la capacidad del sistema de justicia penal respectivo para hacer frente a los crímenes del pasado. Dado que una CVR no puede ser considerada como un equivalente a la persecución penal,¹⁴⁴ la renuncia a

(arts. 50-52), pero su competencia es muy limitada; en particular no está autorizada a recomendar que se lleven a cabo persecuciones penales (críticamente también Durán (nota 20), pp. 34-35).

¹³⁸ Hayner (nota 100), p. 216; Jason Abrams y Priscilla Hayner, "Documenting, acknowledging and publicizing the truth", en Bassiouni (nota 10) 283, p. 284; Werle (nota 18) nm 205.

¹³⁹ Pero, normalmente, no se trata de poderes judiciales *stricto sensu*, esto es, los poderes de una corte penal, véase Mattarollo (nota 126), pp. 295-296; excepcionalmente, la CVR sudafricana estaba incluso facultada a ordenar el registro y el secuestro de bienes, así como la citación de personas, véase Boraine (nota 24), pp. 272-273.

¹⁴⁰ Véase para una comparación entre la comisión de la verdad chilena y aquella sudafricana en este sentido Dugard (nota 65), pp. 1009 ss.; véase también Dugard (nota 61), p. 703; para una comparación entre los procesos de amnistía chilena y sudafricana véase Gavron (nota 65), pp. 112 ss. Para una comparación estructural entre internacional vs. doméstico, investigación selectiva vs. general, cuasi judicial vs. averiguación de los hechos, investigación vs. reintegración, véase Stahn (nota 47), pp. 428 ss.

¹⁴¹ Hayner (nota 100), p. 215; Abrams y Hayner (nota 138), p. 286; véase también Méndez (nota 29), pp. 29-30, 33; Crocker (nota 29), pp. 546-547 ss.; Robinson (nota 32), p. 484; Cárdenas (nota 47), p. 172; Naqvi (nota 100), p. 270; Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 106. Similarmente, la justicia restaurativa no puede sustituir, sino solo complementar a los procesos penales, véase Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 219, 220 ss.

¹⁴² En general sobre esta cuestión Abrams y Hayner (nota 138), p. 287; Kemp (nota 22), pp. 74 ss.; sobre la relación entre el TPIY y la CVR en Bosnia Herzegovina Kritz (nota 10), pp. 62 ss.; sobre la relación entre la CESL y la CVR de Sierra Leona Schabas (nota 137), pp. 25 ss.; Kritz (nota 10), pp. 68 ss. y Poole (nota 137), pp. 589 ss.; sobre la relación entre la CVR de Timor Oriental y la Unidad de investigación de Crímenes Graves de la ONU Burgess (nota 137), pp. 144 ss.

¹⁴³ Sobre el mecanismo del "inmunitad por testimonianza", véase Naqvi (nota 100), pp. 270-271.

¹⁴⁴ CIDH, *Amonació-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 150 (la "verdad histórica" contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales"); *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 224; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (nota 94), par. 187 ss. Véase también ComIDH, *Chanfeau et al. vs. Chile* [7 de abril de 1998] Informe n.º 25/98, par. 68 ("No puede considerarse a la Comisión de verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial"). Similarmente, *Ellacuría et al. vs. El Salvador* [22 de diciembre de 1999] Informe n.º 136/99 (ComIDH), par. 229 ss.; *Romero y Galdámez v. El Salvador* [13 de abril de 2000] Informe n.º 37/00 (ComIDH), par. 149-150.

la última a favor de la primera sabe a acuerdo político, lo cual no refuerza el Estado de derecho y la separación de poderes, sino que indica la incapacidad del sistema de justicia penal en cuestión en el sentido del artículo 17 (3) Estatuto CPI (ver punto 42).¹⁴⁵ En todo caso, si una CVR opera como sustituta (parcial) de la justicia, entonces la verdad que ha de ser descubierta por la CVR debe compensar, en términos cualitativos y cuantitativos, la pérdida o déficit de justicia.

15. La efectividad de las CVR depende de cuán dispuestos y preparados para hacerlas estén los principales actores políticos; ellas dependen de su buena voluntad y cooperación.¹⁴⁶ Si los mayores responsables no contarán la verdad si no se les ofrecen ciertas garantías —por ejemplo, que sus declaraciones no puedan ser usadas en su contra en un proceso penal posterior, entonces estas garantías habrán de dárseles—. ¹⁴⁷ Una CVR efectiva puede ciertamente constituir una vía alternativa seria para tratar con el pasado en cuanto establece una "verdad global" que va más allá de la mera verdad judicial (punto 13);¹⁴⁸ de este modo, puede contribuir a la reconciliación nacional¹⁴⁹ y constituir una parte integral de un proceso de restauración de la sociedad¹⁵⁰ con un importante potencial transformador.¹⁵¹ En este sentido, una CVR puede reclamar reconocimiento internacional, especialmente *vis-à-vis* el sistema de justicia penal internacional.¹⁵² Este

¹⁴⁵ Por esta razón, en contra de la sustitución de una persecución penal por una CVR, Principes combating impunity, principio 12 A; similarmente Joyner (nota 22), p. 39, critica que las CVR "no pueden [...] llamar a un criminal específico a dar cuentas por sus crímenes"; es demasiado simplista y polémico, sin embargo, caracterizar a las CVR como la "Inquisición española de los tiempos modernos" (ibídem, 37); también Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 107 refiriéndose al riesgo de un intercambio que implique la falta de persecución por razones políticas. Críticamente también Méndez (nota 95), p. 275; Seils (nota 137), p. 794; Cárdenas (nota 47), p. 180. Un buen resumen de los pro y los contra es ofrecido por Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 107.

¹⁴⁶ Cf. Seils (nota 137), p. 793. Para un ejemplo positivo, véase el apoyo de la CVR sudafricana por parte del ANC y del presidente Nelson Mandela (Boraine, como citado en la nota 136).

¹⁴⁷ Para una discusión con respecto a Sierra Leona véase Schabas (nota 137), pp. 29-30, 41-42, para quien la voluntad de cooperar con la CVR "puede tener mucho menos que ver con promesas de amnistía o amenazas de persecución de lo que muchos pueden pensar" (p. 42). Véase en general Cárdenas (nota 47), p. 174.

¹⁴⁸ A favor del mejor "efecto de verdad" véase también Dugard (nota 65), 1006, quien cita la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en *AZAPO et al. vs. The President et al* (nota 24); véase también Dugard (nota 61), p. 695; Brian F. Havel, "Public Law and the Construction of Collective Memory", en Bassiouni (nota 10), pp. 389 ss.

¹⁴⁹ Hayner (nota 100), p. 216; Abrams y Hayner (nota 138), p. 290. Además de contribuir a la reconciliación, el establecimiento de la verdad puede contribuir a restaurar y mantener la paz, erradicar la impunidad, reconstruir identidades nacionales, establecer el pasado histórico (cf. Naqvi (nota 100), p. 247) y provocar un cambio institucional (Šimonović (nota 31), p. 703). Véase también Pfanner (nota 29), pp. 363-364.

¹⁵⁰ Boraine (nota 24), pp. 295-296; Meintjes (nota 15), p. 460. Según Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 143 cuadro 42, la utilidad de una CVR aumenta, desde la perspectiva de las víctimas, con el grado de victimización.

¹⁵¹ Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 126.

¹⁵² Véase a este respecto el legítimo reclamo hecho por la CVR sudafricana en cuanto a la responsabilidad penal internacional del crimen de apartheid: "La Comisión cree que el reconocimiento internacional debería ser dado al hecho de que la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación, y el proceso mismo

reconocimiento, sin embargo, depende del tratamiento de las exenciones de castigo, especialmente de las amnistías, por la CVR. Mallinder constata que las amnistías han sido introducidas con independencia de una CVR, antes o después de su establecimiento (por ejemplo, en Chile y El Salvador, respectivamente), o conjuntamente con ella;¹⁵³ el ejemplo más claro de la relación entre CVR y amnistía lo ofrece el caso sudafricano, donde la CVR estaba facultada a conceder la amnistía individualmente.¹⁵⁴ Claramente, si el gobierno toma la decisión de amnistiar sin considerar las conclusiones de la CVR, su credibilidad se debilita gravemente. Por otro lado, la facultad de conceder una amnistía plantea la cuestión de si se han respetado las limitaciones *ratione materiae* o *personae* (*infra*, punto 21). Así, por ejemplo, la facultad de conceder amnistías de la CVR sudafricana se extiende incluso a los crímenes (políticos) más graves, mientras que esta posibilidad fue excluida en el caso de la Comisión para la Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Oriental.¹⁵⁵ En todo caso, la mayoría de las veces la amnistía ha sido excluida en casos de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio.¹⁵⁶

16. Si se toman en consideración las experiencias de varias CVR, pueden obtenerse algunas de las mejores prácticas y desarrollarse ciertas pautas.¹⁵⁷ Si estas son seguidas, podremos hablar de una CVR efectiva en el sentido arriba mencionado (punto 14) y muy probablemente serán conseguidos los objetivos supremos de paz, justicia (en sentido amplio) y reconciliación. Los criterios relevantes pueden ser resumidos como sigue:

KAI AMBOS

- Una CVR debería estar compuesta de *personalidades* reconocidas e independientes de todos los grupos y sectores sociales relevantes, seleccionadas a través de un proceso consultivo y representativo.
- En el nivel operacional, debería establecerse un punto de contacto identificado públicamente para las víctimas y los testigos.
- Una CVR debe disponer de *recursos* adecuados y tener suficiente *independencia* del Estado y otros grupos interesados;¹⁵⁸ debe poseer facultades de investigación suficientes y recibir apoyo nacional e internacional.
- El *mandato* de una CVR no debe estar limitado al establecimiento de responsabilidades individuales; también debe arrojar luz sobre las *causas del conflicto* para prevenir la repetición de futuras violaciones. Como mínimo, deberían integrar el mandato los crímenes codificados en el Estatuto de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).¹⁵⁹ Deberían investigarse casos representativos que ilustren patrones de criminalidad y prestarse especial atención a la violencia relacionada con el género.¹⁶⁰
- El *mandato* debería estar limitado en el tiempo,¹⁶¹ pero debería haber un procedimiento posterior que permitiera eventualmente la continuación de la investigación si el esclarecimiento de las atrocidades del pasado no ha sido satisfactoriamente alcanzado por la primera CVR.
- Una CVR debería identificar a las víctimas y recomendar reparaciones a los órganos estatales competentes.¹⁶²

de esta Comisión, han intentado afrontar adecuadamente el asunto de la responsabilidad por tales políticas" (TRC Report, vol. 5, p. 349 [1998], citado según Dugard (nota 65), p. 1009).

¹⁵³ Cf. Mallinder study (nota 129), par. 46.

¹⁵⁴ Este fue uno de los rasgos especiales de la CVR sudafricana (cf. Boraine (nota 24), p. 269), véase más detalladamente abajo, par. 31 y la nota 273 ss.

¹⁵⁵ Cf. UN-Ecosoc, *Impunity*, 27.2.2004, par. 12.

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, la Ley de Reconciliación Nacional guatemalteca que excluye de la amnistía el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas o crímenes que son imprescriptibles (Méndez (nota 29), p. 36; Kemp (nota 22), p. 82; véase en general ICTJ Guidelines, p. 5).

¹⁵⁷ Véase en particular UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19; Abrams y Hayner (nota 138), pp. 283 ss. (293); Mattarollo (nota 126), pp. 295 ss.; Cassese (nota 89), pp. 451-452; véanse también ICTJ Guidelines, p. 5; Principles combating impunity, principles 11, 13; Joyner (nota 22), p. 40; Roht-Arriaza (nota 132), pp. 281 ss.; Dugard (nota 65), p. 1012; Benjamin Schiff, "Do Truth Commissions promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission", en Bassiouni (nota 10), pp. 325 ss.; Robinson (nota 32), p. 497; Claudia Cárdenas, "The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006) 115, p. 135; Salmón (nota 75), p. 343; Sooka (nota 7), pp. 317 ss.; sobre el rasgo absolutamente especial de la relativamente exitosa CVR sudafricana Boraine (nota 24), pp. 269 ss. Véase también los principios de responsabilidad propuestos por Bassiouni (nota 68), p. 40.

¹⁵⁸ Véase TEDH, *Hugh Jordan vs. UK* (nota 96), par. 11 ("Los miembros de tal comisión [de investigación] serán elegidos por su reconocida imparcialidad, competencia e independencia como individuos. En particular, ellos serán independientes de toda institución, agencia o persona que pueda ser sometida a la investigación").

¹⁵⁹ Para Cassese (nota 89), p. 451, el genocidio debe ser afrontado exclusivamente por medio del sistema de justicia penal.

¹⁶⁰ Véase por ejemplo sobre esta cuestión Roht-Arriaza (nota 132), p. 284; Sooka (nota 7), pp. 322-323.

¹⁶¹ De acuerdo con la UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (h), por lo general no debería durar más de dos años completamente operativos; según Abrams y Hayner (nota 138), p. 288 las Comisiones han operado en su mayor parte por menos que dos años; según Hayner (nota 137), p. 295, "uno a tres años en promedio"; véanse también los ejemplos dados por Mattarollo (nota 126), p. 313; a favor de un mandato limitado, también Roht-Arriaza (nota 132), p. 283.

¹⁶² De acuerdo con la UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (b), una CVR no debería garantizar directamente reparaciones, dado que esto la desviaría de su rol de búsqueda de la verdad; según Cassese (nota 89), p. 451, una CVR puede determinar reparaciones; Boraine (nota 24), pp. 294-295, ve esto incluso como una función importante.

- Debería existir plena *cooperación* con otros órganos estatales involucrados en la justicia de transición, incluido el suministro de información a las autoridades de persecución.
- Las *personas sospechosas*¹⁶³ deberían comparecer ante la CVR a fin de que confiesen públicamente sus crímenes y proporcionen pruebas sobre otros crímenes; las víctimas deberían estar presentes;¹⁶⁴ en caso de identificación de los autores ("mencionar los nombres"), deben respetarse sus derechos a un debido proceso.¹⁶⁵
- La posible concesión de *amnistías* o *indultos* debería estar condicionada: debería depender de la naturaleza y la gravedad de los crímenes y de la extensión con la cual los sospechosos han cooperado en el descubrimiento de la verdad y en la compensación a las víctimas; si no se cumplen estas condiciones, la CVR debe estar facultada para rechazar la aplicación y transmitir el caso al sistema de justicia penal.
- Debería haber una *amplia participación* de la sociedad concernida en el diseño y la operación de la CVR, en particular de las víctimas y/o sus representantes.¹⁶⁶ El *informe* final debería ser publicado y puesto *ampliamente a disposición* del público en general a través de medios de información que sean técnica y culturalmente accesibles. "Cuanto más próximo a las víctimas y al público en general pueda ser llevado física y psicológicamente un trabajo

¹⁶³ Para Cassese (nota 89), p. 451 los autores del nivel más alto deberían ser enjuiciados o por el sistema de justicia penal nacional o por el internacional.

¹⁶⁴ Cf. Cassese (nota 89), p. 451; más restrictiva la UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (d) ("Si una comisión de la verdad tiene autoridad para identificar a los sospechosos [...]").

¹⁶⁵ La mención de los autores es discutible para el debido proceso. Los principios para la lucha contra la impunidad de Orentlicher proporcionan alguna guía (principio 9): "Antes de que una comisión identifique a los autores en su informe, las personas interesadas tendrán derecho a las siguientes garantías: (a) La comisión deberá tratar de corroborar la información que implique a esas personas antes de dar a conocer sus nombres públicamente; (b) Las personas implicadas deberán haber sido escuchadas, o al menos, convocadas a tal fin, y tener la posibilidad de exponer su versión de los hechos en una audiencia convocada por la comisión mientras realiza su investigación o de incorporar al expediente un documento equivalente a un derecho de réplica". Para una discusión véase Osiel (nota 17); Hayner (nota 123), pp. 114-115 ss.; Hayner (nota 137), p. 296; Naqvi (nota 100), p. 272; a favor de mencionar a los autores pero recordando los derechos de los sospechosos al debido proceso Abrams y Hayner (nota 138), p. 286; Imbleau (nota 122), pp. 186-187; a favor solo si luego no tendrá lugar un proceso Méndez (nota 95), pp. 267-268; recordando los derechos al debido proceso también Pfanner (nota 29), p. 370. Esta competencia tuvieron, por ejemplo, la CVR sudafricana (Boraine (nota 24), p. 275) y la CVR salvadoreña (cf. Popkin (nota 55), pp. 109, 111). El problema es aparentemente ignorado por Posner y Vermeule (nota 7), p. 767 dado que ellos argumentan, sin más, que el propósito de las CVR "es revelar las identidades de los autores".

¹⁶⁶ Sobre la importancia de la participación pública y de la integración de la sociedad civil en los procesos de responsabilidad, véase Meintjes (nota 15), p. 460; Roht-Arriaza (nota 132), pp. 98 ss.; Mattarollo (nota 126), pp. 306-307; Filippini y Magarrell (nota 8), pp. 160 ss.; Chaparro (nota 130), p. 234; Sooka (nota 7), p. 314; sobre la experiencia sudafricana Boraine (nota 24), pp. 270 ss.; Bell (nota 121), p. 13.

de comisión, más potentes serán los efectos educacionales y catárticos de la comisión".¹⁶⁷

- Todos los órganos del Estado deben considerar de buena fe las recomendaciones de la CVR e implementarlas en la mayor medida posible; para ese propósito debería establecerse un órgano de *supervisión*.¹⁶⁸

17. Además de una CVR existen otros mecanismos de justicia alternativos,¹⁶⁹ los cuales pueden ser organizados en cuatro grupos:

- La restitución, la reparación/compensación, la rehabilitación y la no repetición están dirigidos a las víctimas y como tales son una consecuencia directa de los derechos de las víctimas.¹⁷⁰
- La lustración,¹⁷¹ descalificación y las purgas son procedimientos administrativos y de investigación de antecedentes (*screening*) dirigidos a la exclusión de cierto grupo de personas vinculadas con el antiguo régimen de la función pública y/o de otros puestos socialmente importantes para facilitar la reforma institucional.¹⁷² Los ejemplos incluyen la desnazificación por los aliados después de la segunda guerra mundial, la investigación de antiguos

¹⁶⁷ Abrams y Hayner (nota 138), p. 288; Hazan (nota 26), p. 37.

¹⁶⁸ El artículo 18 de la Ley de la CVR de Sierra Leona de 2000 establece que el Gobierno debe instituir un órgano para supervisar la implementación de las recomendaciones de la Comisión y facilitar su implementación. El Gobierno debe proporcionar a este órgano informes trimestrales que serán publicados y evaluados por él (UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 19 (e)). Según Abrams y Hayner (nota 138), p. 286, y Mattarollo (nota 126), p. 322, debe prestarse mayor atención a la implementación de las recomendaciones. Para Sooka (nota 7), p. 324, la frecuente falta de implementación de las recomendaciones conduce a una crisis de legitimidad de las CVR.

¹⁶⁹ Véase ICTJ Guidelines, p. 5.

¹⁷⁰ Véase supra el punto 10 y la nota 114.

¹⁷¹ Del latín *lustratio*: "purificación por medio de sacrificio", véase la definición en William Smith, *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (Londres: John Murray, 1875), p. 719; para una versión electrónica efectuada por el proyecto Ancient Library de la Universidad de Michigan véase www.ancientlibrary.com/smith-dgra/ (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

¹⁷² Para un estudio crítico, véase Roman Boed, "An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice", en Bassiouni (nota 10), pp. 345 ss. quien concluye que la lustración puede conducir a injustas discriminaciones, no tener por objetivo a los mayores responsables y no fomentar la reconciliación (pp. 379 ss.); en un sentido similar Posner y Vermeule (nota 7), pp. 802 ss.; crítico sobre la falta de garantías procesales también Joyner (nota 22), p. 37; Paul Williams, "Non-criminal civil and political measures for combating impunity for international crimes. Report of the Rapporteur", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998) 287, pp. 289-290; Simonović (nota 31), p. 704; véase también Herman Schwartz, *Lustration in Eastern Europe*, en Kritz (nota 2), pp. 461 ss.; Schlunck (nota 31), pp. 70-1; ICTJ Guidelines, p. 5; Teitel (nota 14), pp. 163 ss.; Bassiouni (nota 68), pp. 34-35; Kritz (nota 10), pp. 80 ss.; Durán (nota 20), p. 37; Cryer et al. (nota 76), p. 35. Véase también Principles combating impunity, principios 14, 15 y 17-19.

informantes del Ministerio para la Seguridad del Estado (Stasi) en la antigua RDA, la exclusión del ejército y de otros cargos públicos de los miembros del partido Baath por la autoridad de ocupación de los Estados Unidos en Irak y una nueva y controvertida ley polaca.¹⁷³

- El desarme, la desmovilización y la reintegración constituyen un proceso colectivo dirigido a la reintegración de los antiguos grupos armados en la (nueva) sociedad.¹⁷⁴
- Las formas de justicia tradicional (no occidental) —por ejemplo, los *Gacaca* en Ruanda, *Ubuntu* en Sudáfrica o los ritos de reconciliación (especialmente *mato oput*) de los *Acholi* en Uganda— son con frecuencia una reacción a los sistemas de justicia penal nacional o internacional inspirados en modelos occidentales y aspiran a ofrecer una aproximación al problema más prometedora, dado que toman en consideración la cultura y las tradiciones locales.¹⁷⁵ En efecto, la imposición del estilo occidental de justicia penal puede impedir a las víctimas afirmar el control sobre su propia victimización

¹⁷³ La nueva ley del 15 de marzo de 2007 obliga a las personas nacidas antes del 1 de agosto de 1972 a presentar a las autoridades las llamadas “declaraciones de lustración”, en cuanto a su relación con los servicios de seguridad polacos durante el período del gobierno comunista. Esta ley ha recibido fuertes críticas y fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional polaca el 12 de mayo de 2007 (véase International Press Institute, www.freemedia.at/cms/ipi/statements_detail.html?ctxid=CH0055&docid=CMS1176367304750; Andreas Leixnering, “Communist screening law divides polish society”, www.dw-world.de, visitada por última vez el 7 de mayo de 2007; www.trybunal.gov.pl/eng/).

¹⁷⁴ ICTJ Guidelines, p. 5; UN Department of Peace Keeping Operations, 1999; Tobias Debiel y Ulf Terlinden, “Promoting Good Governance in Post-Conflict Societies”, Discussion Paper (Eschborn: GTZ, 2005) 2005, pp. 10 ss.; por un proyecto concreto de la GTZ en Costa de Marfil, véase: www.gtz.de/de/weltweit/afrika/cote-d-ivoire/16849.htm (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007); para una evaluación crítica del desarme, la desmovilización y la reintegración en Colombia Theidon (nota 37), pp. 66 ss., concluyendo, *inter alia*, que el desarme, la desmovilización y la reintegración se focalizaron tradicionalmente demasiado en objetivos militares y de seguridad, ignorando los aspectos de justicia de transición del esclarecimiento histórico, la justicia, la reparación y la reconciliación.

¹⁷⁵ Véase por ejemplo con respecto a los *Gacaca*, Peter Uvin y Charles Mirengo, “Western and local approaches to justice in Rwanda” (2003), 9 *Global Governance* 219, pp. 228 ss., donde sostiene que los sistemas de justicia inspirados en occidente (TPIR, procesos domésticos) han fracasado y que los *Gacaca* ofrecen una alternativa prometedora; sobre el concepto de *Ubuntu* véase Boraine (nota 24), p. 362; sobre los ritos de los *Acholi* véase Baines (nota 39), pp. 103 ss., concluyendo, sin embargo, que “hay muchas cuestiones pendientes que necesitarían ser respondidas” (114). Véase también Kritz (nota 10), pp. 77-78; Simon, Jan-Michael, “Criminal Accountability and Reconciliation”, en Hans-Jörg Albrecht, Jan-Michael Simon, Hasan Rezaei, Holger Rohne y Ernesto Kiza (eds.), *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies - Between Tradition and Modernity* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006) 99, pp. 104 ss.; Sandrine Schilling, *Gegen das Vergessen* (Berna: Peter Lang, 2005), pp. 270 ss.; TPIY (nota 81), pp. 17 ss.; Manisuli ss.enyonjo, “The ICC and the Lord’s Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?” (2007), 7 *ICLR*, pp. 373 ss. Sobre los diferentes puntos de vista de las víctimas acerca del posible uso de las prácticas de los *Acholi* véase OHCHR (nota 34), pp. 52 ss. Sobre las prácticas de los espíritus de los *Magamba* en Mozambique véase Victor Igreja, “Gamba Spirits and the Homines Aperi: Socio-Cultural Approaches to Deal with Legacies of the Civil War in Gorongosa, Mozambique” (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), pp. 6 ss.

y conduce a una “externalización de la justicia”.¹⁷⁶ Los procedimientos tradicionales pueden, sin embargo, entrar en conflicto con el concepto —es necesario admitirlo: occidental— de debido proceso.¹⁷⁷

18. Las medidas incluidas en los primeros dos grupos constituyen predominantemente sanciones no penales o no punitivas,¹⁷⁸ el tercer grupo comporta beneficios para los individuos afectados y el cuarto grupo puede consistir, a la vez, en sanciones penales y no penales. Las sanciones no penales, en principio, no deberían sustituir a las sanciones penales, sino más bien complementarlas.¹⁷⁹ La aplicabilidad de medidas individuales depende de las circunstancias de cada caso. Un sistema de variables en cuanto a las características del conflicto, a los actores (variables de estructura y contexto), al proceso de intervención (variable de proceso) y a los resultados posibles (variable de resultado) ayuda a seleccionar las medidas adecuadas.¹⁸⁰ El escenario más probable es una aplicación combinada, dado que las medidas son “complementarias, y cada una desempeña un papel particular importante”.¹⁸¹ La aplicación de formas alternativas de justicia puede ser considerada un factor atenuante en los procedimientos penales normales.¹⁸²

4. Ponderación de intereses por vía del test de proporcionalidad

19. En definitiva, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia, en particular por medio de la abstención de una persecución penal, depende del resultado de una sofisticada ponderación de los intereses en conflicto —paz y justicia—. Este

¹⁷⁶ Cf. Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), p. 95; en sentido similar Darcy (nota 45), p. 394: “procesos y tribunales internacionales supone un concepto típicamente occidental de justicia retributiva que puede tener poco eco en muchas de las comunidades en cuyo favor ellos tendrían que operar [...]”.

¹⁷⁷ Stahn (nota 65), p. 713; *idem* (nota 47), p. 454; Baines (nota 39), p. 108, y HRW Memorandum 2007, p. 7, insistiendo en “estándares de debido proceso internacionalmente reconocidos [...] en toda alternativa nacional a las persecuciones de la CPI”; véase también el caso ejemplificado por Clark (nota 65), pp. 411-2. Esto también genera problemas con respecto al art. 17 (2) Estatuto de la CPI; véanse el punto 42 y la nota 378.

¹⁷⁸ Sobre el uso y significado de este término véase también Williams (nota 172), p. 287; Kritz (nota 10), pp. 80 ss.; Frank Meyer, “Complementing Complementarity” (2006), 6 *ICLR* 549, p. 552.

¹⁷⁹ Véase también Principles combating impunity, principio 16 A.

¹⁸⁰ Para mayores detalles véase Schlunck (nota 31), pp. 79 ss.

¹⁸¹ UN-Ecosoc, *Impunity*, 27.2.2004, par. 10.

¹⁸² Cf. Stahn (nota 65), p. 704.

ejercicio de ponderación consiste metodológicamente en un test de *proporcionalidad*¹⁸³ en tres niveles, tal como lo ha desarrollado la Corte Constitucional alemana¹⁸⁴ y elaborado ulteriormente desde el punto de vista teórico el estudioso alemán Robert Alexy con su famosa *ley de ponderación* (*Abwägungsgesetz*).¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸

20. En segundo lugar, la medida también debe ser *necesaria o indispensable* para alcanzar dicho objetivo,¹⁸⁹ esto es, no deben existir otras medidas que sean menos intrusivas para el interés justicia. Por ejemplo, una amnistía ofrecida a grupos armados irregulares plantea la cuestión de si la paz o una transición pacífica no podría alcanzarse por medio de una medida menor, o sea, por una amnistía menos amplia —por ejemplo, que excluya a los crímenes más graves y a los mayores responsables— o por una medida diferente —por ejemplo, una atenuación sustancial del castigo—. En el sentido de un principio o excepción de necesidad, como propone Robinson,¹⁹⁰ es posible preguntarse si la medida es debida a realidades políticas, sociales y económicas.

¹⁸³ Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 278-9; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 229-30.

¹⁸⁴ Véase la decisión fundamental *Erdölbevorratung* [16 de marzo de 1971] BVerfGE 30, 292 (Corte Constitucional alemana), p. 316.

¹⁸⁵ Véase el trabajo fundamental de Robert Alexy *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985), p. 146, donde explica esta regla con las siguientes palabras: "Según la ley de la ponderación la medida admisible de no satisfacción o afectación de un principio depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula 'relativamente a las posibilidades jurídicas', es puesto en relación con aquello que es exigido por el principio respectivo con aquello que es exigido por los principios opuestos. Es evidente que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de manera absoluta, sino que siempre es posible hablar solamente de pesos relativos" (véase también Michael Brenner, Friedrich Klein, Hermann v. Mangoldt y Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5.ª ed. (Múnich: Vahlen, 2005), tomo 2, arts. 20 a 82, nm 314).

¹⁸⁶ Slye (nota 52) 246; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 278-279.

¹⁸⁷ Véase también Clark (nota 65), pp. 409.

¹⁸⁸ Véase también Arsanjani (nota 22), pp. 66-67.

¹⁸⁹ Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 279.

¹⁹⁰ Robinson (nota 32), p. 497. Por una limitación similar que toma en consideración las posibilidades reales de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales y aboga por una persecución de "buena fe" Méndez (nota 95), pp. 264, 270.

21. *Last but not least* debe examinarse la *proporcionalidad en sentido estricto*. En este estadio entran a jugar todos los diferentes elementos y criterios que hablan a favor del interés de paz o de justicia. En síntesis, debe hacerse una ponderación entre la cantidad y cualidad (gravedad) de los actos que cubrirá la medida (aspecto de justicia) y el (los) objetivo(s) que se desea(n) lograr;¹⁹¹ en otras palabras, una "ponderación entre la medida del apartamiento de una plena persecución, esto es, la cualidad de las medidas tomadas, y la gravedad de los factores que necesitan una desviación".¹⁹² Hay algunos criterios particularmente importantes que se derivan de la discusión arriba efectuada y que tienden a limitar el alcance de las medidas que pueden ser ofrecidas para el bien de la paz:

- *Limitación ratione materiae* con respecto a crímenes internacionales nucleares:¹⁹³ dado el deber general de perseguir los crímenes de competencia de la CPI (punto 8), es, en principio, inadmisibles eximirlos de persecución penal y castigo.
- *Limitación ratione personae* con respecto a los mayores responsables:¹⁹⁴ dada la decisiva y particular responsabilidad de los líderes políticos y militares, estos no deben beneficiarse de una medida de exención, especialmente si son ellos quienes se la conceden a sí mismos (el caso más usual en la práctica es el de las llamadas *autoamnistías*).¹⁹⁵ En efecto, un estudio sobre víctimas muestra que las elites políticas y militares son identificadas como las mayores responsables y en consecuencia deberían ser tenidas como responsables.¹⁹⁶ Además, la exclusión y/o separación de aquellas elites criminales de la comunidad victimizada beneficia directamente a esta comunidad y al

¹⁹¹ Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 279; Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 229-230.

¹⁹² Robinson (nota 32), p. 497.

¹⁹³ Véase ya Ambos (nota 76), pp. 210 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 126 ss.; Cassel (nota 55), pp. 219, 220, 228-229; Joyner (nota 22), pp. 40, 42-43; Méndez (nota 95), p. 274; más recientemente Young (nota 89), pp. 476, 477-478; Bassiouni (nota 68), pp. 41, 42; Stahn (nota 47), p. 458; Clark (nota 65), pp. 408-409; Seils y Wierda (nota 22), p. 19; Uprimny y Saffon (nota 4), p. 230; Meyer (nota 178), pp. 576-578; Olson (nota 31), p. 284; Werle (nota 18), nm 212. Véase también Joinet report, principio 25; Orentlicher *impunity principles*, principio 24 (a) y el *Expert paper complementarity*, par. 73; sobre los tribunales internacionales en cuanto a este aspecto véanse la nota 336 y el texto principal.

¹⁹⁴ Slye (nota 52), pp. 245, 246; Bassiouni (nota 68), p. 41; Scharf y Rodley (nota 22), pp. 95-96; Robinson (nota 32), pp. 493 ss.; Stahn (nota 47), pp. 458; Clark (nota 65), p. 409; Meyer (nota 178), p. 577. Véase también el *Expert paper complementarity*, par. 73; sobre los tribunales internacionales en cuanto a este aspecto véase la nota 337 y el texto principal.

¹⁹⁵ Véase ya Ambos (nota 76), pp. 213 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 129 ss.; Cassel (nota 55), pp. 219, 228; más recientemente Young (nota 89), p. 477; Clark (nota 65), pp. 409, 410. Véase también el *Expert paper complementarity*, par. 73.

¹⁹⁶ Véase Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 115 (cuadro 30), 122, 158, 161 en donde demuestra que el 71% de las víctimas considera responsables a los "líderes políticos" y el 42% a los "líderes militares" (cuadro 30).

sistema político en su conjunto y por lo tanto tiene un positivo potencial transformador.¹⁹⁷

- Importancia del *estadio del procedimiento* en el cual la exención tiene lugar.¹⁹⁸ cuanto más avanzados se encuentren una investigación o un procedimiento penal, más aceptable será eximir al responsable de castigo, dado que el avance de la investigación permite establecer al menos una parte de verdad y evitar la plena impunidad.
- Alguna forma de *responsabilidad (rendición de cuentas, accountability)*¹⁹⁹ y/o un procedimiento público (en el que las víctimas puedan confrontarse con los sospechosos) que resulte en la revelación de los hechos (derecho a la verdad)²⁰⁰ e identifique a los responsables, es decir, los posibles beneficios para los responsables (indultos parciales, atenuación del castigo, etcétera), presuponen su cooperación efectiva (beneficios por cooperación);²⁰¹ de otra forma, la medida constituye una autónoma violación del derecho a un recurso (punto 8).²⁰² Para evaluar la cualidad de la forma alternativa de justicia deben tenerse en consideración los derechos de las víctimas (puntos 10 y 11) y los criterios desarrollados para una CVR efectiva (punto 16).
- Los efectos políticos, sociales y económicos *globales* de la(s) medida(s) deben ser evaluados.²⁰³ ¿Contribuyen a lograr una paz estable y duradera, a una verdadera reconciliación? ¿Contribuyen a la consolidación de la democracia y el Estado de derecho?

22. En la práctica, el ejercicio de ponderación ha sido aplicado por la Corte Constitucional colombiana con respecto a la compatibilidad de la *Ley de Justicia y Paz*²⁰⁴ con la Constitución.²⁰⁵ En opinión de la Corte, para lograr una paz estable y duradera

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 127. Véase también HRW, 2005, p. 15: "El efecto estigmatizante de la persecución penal ayuda a aislar a los actores perturbadores de la escena política y a fortalecer la estabilidad política".

¹⁹⁸ Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 279.

¹⁹⁹ La responsabilidad en este sentido ha de ser entendida de manera amplia; no se limita, como sugiere Joyner (nota 22), p. 37, al proceso penal, esto es, a la denuncia, acusación y castigo.

²⁰⁰ Cassel (nota 55), pp. 219, 228; Slye (nota 52), pp. 239, 245; Robinson (nota 32), p. 498; Kemp (nota 22), p. 69.

²⁰¹ Uprimny y Saffon (nota 4), pp. 211, 229-230 habla de indultos "responsabilizantes", esto es, la concesión de indultos presupone el reconocimiento de responsabilidad y la cooperación efectiva del responsable.

²⁰² Cf. Ambos (nota 76), pp. 218 ss.; *idem*, *Impunidad* (nota 61), pp. 135 ss.

²⁰³ *Expert paper complementarity*, par. 73.

²⁰⁴ Ley 975 de 2005.

²⁰⁵ Gustavo Gallón y otros (n 95); véase también Catalina Díaz, "Colombias Bid for Justice and Peace" (publicado en www.peace-justice-conference.info/documents.asp), pp. 1 ss., para un panorama general del conflicto armado en Colombia y el proceso de desmovilización de los paramilitares.

el legislador puede, por un lado, prescindir de ciertas restricciones derivadas del interés justicia, dado que de otro modo la paz puede ser inalcanzable; por otro lado, el interés paz no es absoluto; no puede ser convertido en una clase de "razón de Estado", dado que el interés justicia y los derechos de las víctimas también deben ser respetados. Es tarea de la Corte determinar, a través de la ponderación de los intereses involucrados (*método de ponderación*), si la ley puesta en discusión respeta los estándares mínimos protegidos por la Constitución.²⁰⁶ La Corte distingue entre tres posibles opciones de ponderación y aplica la más amplia, que requiere una ponderación entre los intereses de paz, por un lado, y de justicia, por el otro, incluyendo en el último no solo la justicia como un valor abstracto y objetivo, sino también los derechos particulares de las víctimas.²⁰⁷ Hablando concretamente, las limitaciones impuestas por la ley al derecho a la justicia deben ser ponderadas con el derecho a la paz.²⁰⁸ Sin embargo, dado que las limitaciones al derecho a la justicia no solo constituyen limitaciones de un derecho, sino, al mismo tiempo, de un instrumento para alcanzar la paz, ellas también contribuyen a la realización del derecho de las víctimas de no repetición, verdad y reparación. Por un lado, la paz es un requisito fundamental para satisfacer estos derechos; por el otro, las medidas específicas previstas en la ley —por ejemplo, confesar los crímenes y compensar a las víctimas— contribuyen a la realización de los derechos de las víctimas.²⁰⁹ Dada esta ambivalencia y compleja interdependencia de las medidas previstas en la ley, la Corte opta por una aproximación integral (*visión integral*), esto es, analiza cada medida en el contexto de las otras y teniendo en cuenta todos sus efectos.²¹⁰ En cuanto a la considerable atenuación de la pena (*pena alternativa*) para las personas comprendidas en la ley, la Corte afirma que esta sanción "alternativa" no afecta a la sanción original que ha de ser impuesta de acuerdo con el Código Penal; antes bien, la sanción original siempre puede ser aplicada si la persona en cuestión no cumple las condiciones conectadas a la sanción alternativa. Dada la existencia de la sanción original y su posible aplicación, la posible reducción de pena no es, en opinión de la Corte, desproporcionada.²¹¹ Del mismo modo, el derecho a la verdad no es restringido indebidamente, dado que los beneficios de la ley,

²⁰⁶ *Ibidem*, par. 5.5., 5.9., 5.10. y pássim.

²⁰⁷ *Ibidem*, par. 5.6.

²⁰⁸ *Ibidem*, par. 5.7.

²⁰⁹ *Ibidem*, par. 5.12.

²¹⁰ *Ibidem*, par. 5.15.

²¹¹ *Ibidem*, par. 6.2.1.4. En todo caso, hay buenas razones para discutir si puede haber penas proporcionales para atrocidades masivas, véase la discusión de la posición de Hannah Arendt en Osiel (nota 17), pp. 128-129; véase también Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (New Brunswick y New Jersey: Transaction Publishers, 1997), p. 118, incluida nota 122.

especialmente la sanción alternativa, solo se aplican si la persona en cuestión presta una confesión completa y veraz.²¹² En conclusión, la Corte considera que la ley es compatible con la Constitución, pero exige algunas mejoras específicas con respecto a los derechos de las víctimas.²¹³ Este no es el lugar para evaluar críticamente el proceso de desmovilización colombiano²¹⁴ ni la decisión de la Corte Constitucional; es claro, sin embargo, que el legislador colombiano podría haber dado mayor legitimidad al proceso si hubiera usado de un modo más amplio los mecanismos alternativos a la persecución penal disponibles (puntos 12 ss.), en particular una CVR efectiva²¹⁵ y medidas de lustración.²¹⁶

5. Consecuencias para las amnistías: dos enfoques

23. Dada la particular importancia de la amnistía como instrumento de negociación en los procesos de paz, se plantea la cuestión de si —y, en su caso, en qué condiciones— pueden concederse amnistías a grupos combatientes en un conflicto. Desde un comienzo ya es claro de lo arriba dicho que “[j]usticia y paz no son fuerzas contrapuestas”,²¹⁷ si, por un lado, el concepto de justicia es entendido de manera amplia, esto es, no limitado a la justicia penal (punto 2), y, por el otro, las persecuciones penales son llevadas a cabo de manera debida y complementaria (no exclusiva) para reforzar la paz.²¹⁸ En efecto, un concepto amplio de justicia revela que el eslogan “no hay paz sin justicia” debe ser leído —superando un concepto de justicia demasiado estrecho— en el sentido de “verdad global” (punto 13), como un requisito (mínimo) para alcanzar paz y la reconciliación reales.²¹⁹ La misma ONU se refiere a casos en que “una falta de

rendir justicia a través de una *persecución formal* no ha minado, a largo plazo, la paz”.²²⁰ Sin embargo, a cambio debe ofrecerse, sin dudas, alguna forma de responsabilidad. Así, aunque es claro que para alcanzar una paz duradera es indispensable el respeto del interés de justicia, la difícil cuestión es determinar cuánta justicia puede ser sacrificada en honor de las negociaciones de paz sin restringir indebidamente el deber estatal *vis-à-vis* los crímenes internacionales (punto 8) y sin demoler las bases de una verdadera reconciliación. En cuanto a las amnistías, ya se ha puesto de manifiesto que un enfoque bifurcado es necesario para distinguir entre amnistías absolutas y condicionales,²²¹ la primera de las cuales es generalmente inadmisibles y la última en principio admisible.

5.1. Las amnistías absolutas son generalmente inadmisibles (enfoque estricto)

24. Este tipo de amnistías puede ser caracterizado en su forma más extrema como *amnistías amnésicas* (del griego *amnesia*, referido a un acto de olvido), por cuanto su finalidad primaria es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación.²²² Si estas amnistías son el resultado de un compromiso político para poner fin a un conflicto violento o facilitar un proceso de transición, entonces pueden ser llamadas *amnistías de compromiso*; sin embargo, el compromiso subyacente no debe cambiar su deficiencia sustancial en términos de obligaciones internacionales y derechos de las víctimas.²²³ Un ejemplo clásico de tal amnistía es el decreto chileno 2191, de abril de 1978, que extendía la amnistía a “autores, cómplices o encubridores” en relación con todos los crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 (día del *coup d'état* del general Augusto Pinochet) y el 10 de marzo de 1978.²²⁴ Un ejemplo más reciente es el artículo IX (2) del Acuerdo de Paz de Lomé, del 7 de julio de 1999, entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario (Revolutionary United Front), que prevé que el gobierno “concederá un indulto libre y *absoluto* y clemencia a todos los

²²⁰ ICTJ Guidelines, p. 4 (bastardilla agregada).

²²¹ Cf. supra el punto 8 y la nota 89.

²²² Cf. Slye (nota 52), pp. 240-241.

²²³ Cf. Slye (nota 52), pp. 241 ss.

²²⁴ Decreto ley n.º 2191, publicado en el Diario Oficial n.º 30.042 del 19 de abril de 1978. Para un análisis de esta y otras normas de impunidad latinoamericanas véase Ambos (nota 76), pp. 83 ss. (101-102), 227 ss.; ídem, *Impunidad*, 1997 (nota 61), pp. 127 ss., 147 ss.

²¹² Ibídem, par. 6.2.2., especialmente 6.2.2.1.7.29 - 30.

²¹³ Ibídem, part. VII (decisión). Los cambios han sido introducidos por vía del decreto ejecutivo n.º 3391 de 29 de septiembre de 2006, pero la legislación y práctica subsiguientes indican un retroceso de la decisión de la Corte Constitucional.

²¹⁴ Para una versión crítica de las negociaciones con los grupos paramilitares véase Orozco (nota 59), pp. 195 ss.; Chaparro (nota 130), pp. 233 ss.; para una versión crítica sobre la base de investigación empírica en Bogotá, Medellín y Turbo-Apartadó véase Theidon (nota 37), pp. 70 ss., quien constata, *inter alia*, que los grupos paramilitares siguen existiendo y que la reintegración no ha sido suficientemente encarada.

²¹⁵ Véase, para una evaluación crítica de la “Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”, la nota 137.

²¹⁶ Por el contrario, el reconocimiento como delincuentes políticos de las personas objeto de la ley 975, los legitima completamente para la actividad política (críticamente también Durán (nota 20), p. 37).

²¹⁷ Report Secretary General transitional justice, par. 21; véase también Gustavo Gallón y otros (nota 95), par. 5.10 (“[...] la justicia no se opone necesariamente a la paz”); Joyner (nota 22), p. 42. Esto se sigue también del art. 1 (1) de la Carta de la ONU según el cual el propósito de la ONU es alcanzar la paz “de conformidad con los principios de la justicia”.

²¹⁸ Cf. Crocker (nota 29), pp. 533, 543, 545-546; sobre la importancia de la equidad (*fairness*) véase también Méndez (nota 29), p. 33.

²¹⁹ Para una similar lectura Bassiouni (nota 68), p. 41.

combatientes y colaboradores respecto a *todo* lo hecho por ellos en la lucha por alcanzar sus objetivos".²²⁵

25. El derecho internacional prohíbe de manera absolutamente inequívoca este tipo de amnistía. Existen varios *instrumentos* recientes que toman esta posición, el más notable de los cuales —y en contra del Acuerdo de Lomé recién mencionado— es el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona (CESL).²²⁶ Los *tribunales internacionales* penales y de derechos humanos se han referido a las amnistías varias veces. El TPIY ha prohibido la amnistía para la tortura,²²⁷ la CESL ha considerado sin valor la amnistía del Acuerdo de Lomé, dado que, *inter alia*, ella sería "contraria a la dirección en la cual se está desarrollando el derecho internacional consuetudinario y [...] a las obligaciones de ciertos tratados y convenciones cuyo fin es proteger la humanidad".²²⁸ En el nivel regional, es particularmente importante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pues ha tenido que examinar la compatibilidad de una clásica amnistía absoluta, a saber, la ley de amnistía peruana n.º 26479 (y su ley interpretativa n.º 26492)²²⁹ con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).²³⁰ La

²²⁵ Véase www.sc-sl.org/documents.html (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007); reproducido en Bassiouni (nota 10), pp. 593 ss. (bastardilla agregada).

²²⁶ El art. 10 reza: "Una amnistía [...] no será un obstáculo a la persecución"; véase también S/RES/1315 (2000) del 14 de agosto de 2000 que establece que "las disposiciones de amnistía del Acuerdo [Acuerdo de Lomé] no serán aplicables a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario"; art. 40 de la Ley de las Cámaras Extraordinarias de Camboya (reimpresa en Kai Ambos y Mohamed Othman (eds.) *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* (Freiburg: IUSCRIM, 2003), p. 267): "el Gobierno de Camboya no solicitará una amnistía o un indulto [...]".

²²⁷ *Prosecutor v. Furundzija* [10 December 1998], Judgement, IT-95-17/1-T (TPIY), par. 155 (notas omitidas): "El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional [...] sirve a delegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un sinsentido sostener, por un lado, que a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas *ab initio*, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía".

²²⁸ *Prosecutor v. Kallon and Kamara* [13 March 2004] App. Decision, SCSL-2004-15AR72(E) y CSCSL-2004-16 AR72(E) (CESL), par. 84 y par. 71, 73, 88; concordantemente *Prosecutor v. Kondewa* [25 May 2004] App. Decision, SCSL-2004-14 AR72 (E) (CESL) con el voto separado del juez Robinson; para un comentario véase Kai Ambos en André Klip y Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases Vol. IX, The Special Court for Sierra Leone 2003-2004* (Intersentia, Antwerp 2006), pp. 103 ss.

²²⁹ La ley 26.479 del 14 de junio de 1995 (reimpresa en *Normas Legales* n.º 229, pp. 143-144) era una amnistía absoluta a favor de personal militar, policial y civil por crímenes cometidos en la lucha contra el terrorismo entre mayo de 1980 y la promulgación de esa ley. La ley 26.492 era una ley para "interpretar" el alcance de la ley de amnistía (véase Ambos (nota 76), pp. 95-96; *Idem*, *Impunidad* (nota 61), pp. 140-141).

²³⁰ *Barrios Altos vs. Perú* Case (nota 96), par. 41 ss. Para una posición similar —y anterior— de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a amnistías en Argentina, Chile, El Salvador y Uruguay véase Cassel (nota 55), pp. 208 ss., con otras referencias. En Velásquez-Rodríguez (nota 69) la Corte no se refirió a la cuestión de la amnistía a pesar de que Honduras había aprobado una amnistía durante la tramitación del proceso (cf. Cassel, op. cit., p. 210).

Corte consideró que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de la responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a 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".²³¹ Al adoptar las leyes de autoamnistía Perú no cumplió con la obligación, prevista en el artículo 2 de la CADH, de adecuar el derecho interno a fin de hacer efectivos los derechos de la Convención.²³² Tales leyes violan los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1 (1) y 2 de la CADH.²³³ Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, impiden la identificación de los autores obstruyendo la investigación y el acceso a la justicia, e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. En consecuencia, tales leyes son manifestamente incompatibles con la intención y el espíritu de la Convención.²³⁴ Estas consideraciones han sido confirmadas en un proceso posterior contra Perú.²³⁵ En otro proceso contra Chile, referido al tristemente famoso decreto ley 2191, de 1978 (punto 24), la Corte confirmó *Barrios Altos* y sostuvo que los crímenes contra la humanidad no pueden ser amnistiados,²³⁶ y que, en consecuencia, dicha amnistía debía ser privada de efectos jurídicos.²³⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmó en un caso contra Turquía que respecto a "crímenes que incluyen tortura o maltrato" los

²³¹ *Barrios Altos vs. Perú* (nota 96), par. 41.

²³² *Ibidem*, par. 42. El art. 2 de la CADH ("Deber de adoptar disposiciones de derecho interno") reza: "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 disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

²³³ El art. 8 (1) de la CADH establece el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial; el art. 25 (1) prevé el "derecho a un 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 reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]"; el art. 1 (1) establece el deber del Estado de respetar los derechos y libertades de la CADH.

²³⁴ *Barrios Altos vs. Perú* (nota 96), par. 43.

²³⁵ *La Cantuta vs. Perú* (nota 104), par. 62, 80, 174.

²³⁶ *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 114. Véase también la opinión separada del juez Cançado Trindade donde afirma, *inter alia*, que las autoamnistías "no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de estas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común" (par. 7, notas omitidas). Más bien, ellas son "la propia negación del Derecho" y violan el *jus cogens* (par. 10, notas omitidas; véanse también los par. 17 ss.).

²³⁷ *Almonacid-Arellano et al. vs. Chile* (nota 69), par. 118: "[...] el Decreto Ley n. 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile". Muy crítico también Cançado Trindade, supra nota 236, par. 11 ss.

procedimientos penales no deben tener límites temporales ni ser impedidos por una amnistía o indulto.²³⁸

26. Aunque en su jurisprudencia los *organismos de derechos humanos de la ONU* previamente han rechazado amnistías respecto a violaciones graves de los derechos humanos,²³⁹ en particular la tortura, la posición de la ONU misma no está libre de duda. Ciertamente, aunque la organización reconoce “que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y un gesto de paz y reconciliación al fin de una guerra civil o un conflicto armado interno”, en varias ocasiones dejó en claro que no acepta en tratados de paz cláusulas de amnistía respecto a crímenes internacionales nucleares “como un genocidio, crímenes contra la humanidad o infracciones graves al derecho internacional humanitario”.²⁴⁰ 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)²⁴¹ y de este modo

²³⁸ *Abdulsamet Yaman v. Turkey* [2 November 2004], Judgement, Application n.º 32446/96 [2004] ECHR 572, par. 55.

²³⁹ Cf. Commission of Human Rights, Question of enforced disappearance, E/CN.4/RES/1994/39, 4 March 1994, en donde se declara que los individuos “no deberían beneficiar de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas similares que tengan el efecto de exonerarlos de cualquier persecución o sanción penal”. Más recientemente, cualquier impedimento al establecimiento de la responsabilidad jurídica ha sido considerado incompatible con el art. 2 (3) PIDCP (HRC, General Comment 31, par. 18: “[...] cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto [...] los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías [...] y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. [...] Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse [...]”). En cuanto a la tortura, el HRC ya había antes declarado lo siguiente: “El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible” (HRC General Comment 20, par. 15). Véase también *Joinet report*, par. 32 en donde se afirma que: “La amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz”. En contra de la prescripción de los “crímenes de derecho internacional”, Basic Principles Victims, sección IV y Principles combating impunity, principio 3.

²⁴⁰ Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, S/2000/915, 4 October 2000, p. 22 (notas omitidas). En el mismo sentido, en el último informe se ha reconocido que “una amnistía cuidadosamente formulada puede ayudar al regreso y la reinserción” de los grupos armados (Report Secretary General transitional justice, par. 32), pero al mismo tiempo confirmado que la ONU “nunca puede prometer amnistías para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o las graves violaciones de los derechos humanos [...]” (ibidem, par. 10, 32, 64). Véase también ICTJ *Guidelines*, pp. 1, 2 (“prohibición para el personal de la ONU de aprobar una amnistía respecto a graves violaciones a los derechos humanos”) y *Guidelines Negotiations*, par. 13 (“necesario y propio para que sea concedida inmunidad de persecución [...]”; sin embargo, la ONU no puede consentir amnistías que conciernen crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio o fomentar a aquellos que violan obligaciones convencionales relevantes de las partes”, en conflicto).

²⁴¹ Críticamente sobre la participación de la ONU en El Salvador, Guatemala y Haití Cassel (nota 55), pp. 221 ss.; críticamente sobre la cambiante posición respecto a la amnistía en Sierra Leona, el Informe de la CVR de Sierra Leona (nota 26), capítulo 6, p. 365, par. 10 (“inconsistencia de la práctica de la ONU”), y p. 369, par. 25 (“Repudiando la amnistía en el Acuerdo de Paz de Lomé, las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona han socavado inadvertidamente las futuras negociaciones de paz donde la amnistía está contem-

ha dado a tales amnistías una clase de legitimidad internacional.²⁴² 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”.²⁴³ En el proceso ugandés, el (ex) coordinador humanitario de la ONU, Jan Egeland, se encontraba en la difícil situación en la cual, por un lado, tenía que mediar entre el gobierno y el Ejército de Resistencia del Señor (ERS) y, por el otro lado, se rehusaba a hablar con los líderes rebeldes acerca del retiro de las órdenes de detención de la CPI dictadas en su contra y/o una posible amnistía que bloqueara la investigación de la CPI.²⁴⁴ Para evitar estos problemas, la ONU debería dejar en claro desde el principio que una amnistía absoluta no está en la mesa de negociaciones.²⁴⁵

27. La *práctica nacional* sobre amnistías absolutas es, a escala mundial, bastante infrecuente, dado que la mayoría de los países no conceden tales amnistías y en consecuencia no tienen que tratar jurídicamente con ellas. El estudio de Mallinder constata que, si bien los “crímenes internacionales” están alcanzados por amnistías, estas no son necesariamente amnistías absolutas y que, en todo caso, se aplican más frecuentemente a los “crímenes políticos” y a los “crímenes contra individuos” que a los crímenes internacionales.²⁴⁶ De acuerdo con un estudio reciente sobre la persecución nacional de

plada”); sobre Haití véase Gavron (nota 65), pp. 106-107, y Rodolfo Mattarollo, “The Transition to Democracy and Institution Building: The Case of Haiti”, en Bassiouni (nota 10), pp. 763 ss. En Guatemala, la ONU merece crédito por las limitaciones *ratione materiae* ya mencionadas, supra nota 156.

²⁴² Sobre este riesgo véase también Scharf y Rodley (nota 22), p. 91.

²⁴³ Citado según Cassese (n.º 89) at 315; véase también UN-ECOSOC, *Impunity*, 27.2.2004, par. 31; Van der Voort y Zwanenburg (n.º 61), p. 321 refiriéndose al Séptimo Informe de avance del Secretario General sobre la Misión de Observador de la ONU en Sierra Leona del 30 de julio de 1999 (7th Progress Report of the Secretary General of the UN Observer Mission in Sierra Leone of 30 July 1999 UN Doc. S/1999/836, par. 7).

²⁴⁴ Véase Reuters, “UN humanitarian chief willing to meet Uganda’s LRA”, 10 de noviembre de 2006 www.alertnet.org/thenews/newsdesk/L10722529.htm (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007). Sobre el conflicto entre la CPI y algunos líderes locales de los Acholi véase Baines (nota 39), pp. 102-103 y ss., enyongio (nota 175), pp. 365 ss.

²⁴⁵ Véase también Méndez (nota 29), p. 37. Los documentos citados supra en la nota 240, no son claros a este respecto. En particular las *Guidelines Negotiations* solo exigen “[p]rontos compromisos para respetar los derechos humanos y los principios humanitarios [...]” (par. 7).

²⁴⁶ Así, Mallinder study (nota 29), par. 34 ss. y la figura 4 (pero reconociendo la definición “elástica” de crímenes políticos, par. 36, y que los crímenes contra individuos también pueden ser crímenes internacionales, par. 39).

crímenes internacionales, que comprende 33 países,²⁴⁷ solo el derecho (escrito)²⁴⁸ de Venezuela contiene una prohibición de amnistiar crímenes internacionales, mientras que el derecho de los (32) países restantes no se expresa sobre la cuestión.²⁴⁹ Aunque esto pueda ser cierto también para el derecho de otros países, también lo es que actualmente existen pronunciamientos judiciales sobre amnistías y exenciones similares dictadas en el curso de la persecución de crímenes cometidos durante un pasado totalitario. La reciente jurisprudencia de algunos tribunales de América Latina es de particular importancia a este respecto.²⁵⁰ Probablemente la decisión más explícita contra exenciones (de procedimiento) fue dictada por la Corte Suprema argentina en el caso *Simón*, donde la Corte, sobre la base de la afirmación de la CIDH de un deber de perseguir y una prohibición de amnistías (*Barrios Altos*, ver punto 25), sostuvo que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida²⁵¹ son nulas e inconstitucionales.²⁵² La situación es mucho más

²⁴⁷ Eser, Sieber y Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vols. I-VII (Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2003-2006).

²⁴⁸ El art. 29 de la Constitución establece un deber de investigar y sancionar los "delitos contra los derechos humanos", declara "imprescriptibles" las acciones penales de los "delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra" y dispone que las "violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad [...] quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía". Véanse también las limitaciones *ratione materiae* en la Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala, supra nota 156.

²⁴⁹ Kreicker (nota 22), pp. 306-307. Pero véase el reciente decreto presidencial de amnistía de febrero de 2006 de Algeria (Ordonnance n° 06-01 du 28 Moharran 1427 correspondant au 27 février 2006 portant mise en oeuvre de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale, en Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire, n° 11, http://193.194.78.233/ma_fr/stories.php?story=05/09/06/3612066, visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; véase Olson (nota 31), p. 288) y las discusiones sobre la amnistía en Somalia y Afganistán (sobre Afganistán véase especialmente el aún no implementado Plan de Acción de la República Islámica de Afganistán para la Paz, la Justicia y la Reconciliación, adoptado en diciembre de 2005 ("Action Plan of the Islamic Republic of Afghanistan for peace, justice and reconciliation adopted December 2005") y Ahmad Nader Naderi, "Peace and Justice? Transitional Justice in Afghanistan" (2007), 1 *The International Journal of Transitional Justice*, pp. 173 ss.). Existen también ejemplos históricos, como, en Italia, la "Amnistía Togliatti" del 22 de junio de 1946 (reimpresa en: Mimmo Franzinelli, *Amnistia Togliatti* (Milán: Mondadori, 2006), pp. 313 ss.), que cubría a los delitos políticos (art. 2, 3) y excluía ciertos crímenes especialmente graves, por ejemplo, la tortura (art. 3).

²⁵⁰ Para una visión general de los recientes amnistías en América Latina (en once países) véase Cassel (nota 55), pp. 200-201.

²⁵¹ Sobre estas leyes (Ley 23.492 del 29 de diciembre de 1986 y Ley 23.521 del 9 de junio de 1987) véase Ambos (nota 76), pp. 109 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 158 ss. Una anterior ley de amnistía absoluta al estilo chileno (Decreto ley 22.924 del 22 de septiembre de 1983) había sido derogada por el Congreso tres meses después de su entrada en vigor (véase Ambos (nota 61), pp. 107-108 y 156).

²⁵² Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa "Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad", etc., causa n.º 17.768, sentencia [14 de junio de 2005] (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 328, pp. 2056 ss. La sentencia se compone de siete votos individuales de los jueces intervinientes, los cuales, conjuntamente, muestran una clara tendencia a favor de un deber de perseguir y una prohibición de amnistías y normas similares (véanse *inter alia*, los votos de los jueces Petracchi, par. 19, 20 ss., 31; Maqueda, par. 19, 21, 76, 81, 82; Zaffaroni, par. 14-16, 26, y Argibay, par. 14). Sin embargo, el juez Fayt disiente en la caracterización de las dos leyes como amnistías y considera que ellas no están prohibidas. En dos sentencias anteriores, la Corte Suprema había sostenido que

compleja en Chile, donde la Corte Suprema sostuvo por mucho tiempo que el decreto de amnistía 2191 (punto 24) impedía cualquier investigación de los crímenes por él alcanzados;²⁵³ solo después de dos decisiones de la Corte de Apelaciones de Santiago la posición de la Corte Suprema se volvió un poco más flexible y finalmente en 1998 sostuvo que la amnistía era "inaplicable" —no "inválida"— mientras los autores o las víctimas no hubieran sido identificados.²⁵⁴ Posteriormente esta posición fue confirmada, pero también rechazada,²⁵⁵ de modo que es justo decir que la Corte es al menos ambigua. *Last but not least*, en Uruguay la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado²⁵⁶ fue confirmada por la Corte Suprema tratándola como una amnistía.²⁵⁷

28. Por otro lado, los tribunales de *terceros Estados* debieron ocuparse, sobre la base de la jurisdicción universal u otros vínculos extraterritoriales, de amnistías o

los crímenes contra la humanidad, por ejemplo, un homicidio calificado cometido en el curso de la lucha contra la "subversión" de la dictadura militar no estaban sujetos a prescripción (Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa n.º 259 [24 de agosto de 2004], sentencia (Corte Suprema argentina), en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, pp. 3312 ss.). Esto también había sido afirmado con respecto a meras violaciones de la CADH ("Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa" [23 de diciembre de 2004], sentencia (Corte Suprema argentina), en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, pp. 5668 ss.). Véase también Ezequiel Malarino, "Argentina", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), pp. 69-70; Pablo Parenti, "Argentina", en K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006), pp. 77-78, 84. Recientemente, la Cámara Federal de Buenos Aires ha declarado inválidos los decretos de indulto (a condenados) a favor del general Videla y el almirante Massera (causa 13/84 "Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional". Registro de la Secretaría General n.º 02/07/P, Sentencia del 25 de abril de 2007); la decisión de la Corte Suprema está pendiente. Cf. también "Mozzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", M. 2333. XLII. y otros, sentencia [13 de julio de 2007] (Corte Suprema argentina).

²⁵³ Véase sobre esta jurisprudencia Ambos (nota 76), pp. 239 ss.; ídem, *Impunidad* (nota 61), pp. 163 ss.

²⁵⁴ "Pedro Enrique Poblete Córdova" [9 de septiembre de 1998] sentencia, rol n.º 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (Corte Suprema chilena), en *Gaceta Jurídica* n.º 219, pp. 122 ss. La Corte invocó los Convenios de Ginebra (que anteriormente habían sido considerados inaplicables) y algunas disposiciones de procedimiento (véase Ambos (nota 61), pp. 165 ss.; José Luis Guzmán Dalbora, "Chile", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), pp. 175, 187).

²⁵⁵ Véase, por un lado, Miguel Ángel Cotreras Sandoval [17 de noviembre de 2004], sentencia (Corte Suprema chilena) donde la Corte sostuvo que una amnistía está prohibida respecto a crímenes de guerra (par. 34 y 35), y, por el otro, *Séquestro de Ricardo Riosco Montoya y Luis Cotal Álvarez* [4 de agosto de 2005], sentencia (Corte Suprema chilena) en que la Corte rechazó (otra vez) la aplicación de los Convenios de Ginebra y aplicó la amnistía.

²⁵⁶ Ley n.º 15.848 del 22 de diciembre de 1986. Esta ley era una consecuencia de leyes de amnistías absolutas anteriores (véase José Luis González, "Uruguay", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), pp. 519-520; sobre la génesis de la ley véase Fuchs (nota 22), pp. 48 ss.).

²⁵⁷ *Delta Josefina/Menotti Noris/Martínez Federico/Muso Osiris/Burgell Jorge - Denuncia - Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, arts. 1, 2, 3 y 4* (Ficha 112/87) [2 de mayo de 1988], sentencia n.º 184 (Suprema Corte de Justicia uruguaya) y González José Luis en Representación de Juan Gelman - *Inconstitucionalidad* (Ficha 90-10462/2002) [15 de noviembre de 2004], sentencia n.º 332 (Suprema Corte de Justicia uruguaya).

exenciones similares concedidas en los Estados territoriales, y normalmente declararon estas medidas inválidas o irrelevantes respecto a las persecuciones nacionales. Así, la Audiencia Nacional española sostuvo que las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida eran —no obstante su violación del derecho internacional— irrelevantes para la persecución en España de tales casos, dado que esas leyes no establecen indultos, sino que solo descriminalizan los actos respectivos.²⁵⁸ Esta práctica es sustentada por la consideración general de que el tercer Estado que lleva adelante la persecución está ejerciendo su propia jurisdicción y, en consecuencia, no está vinculado por los obstáculos de procedimiento existentes en otra jurisdicción.²⁵⁹ El argumento sustancial o normativo subyacente es que el tercer Estado no puede infringir el derecho internacional, especialmente la soberanía del Estado del acusado, si hace lo que el derecho internacional exige, esto es, perseguir los crímenes internacionales nucleares, mientras que el Estado territorial —en contra de este deber— amnistía estos crímenes en lugar de perseguirlos.²⁶⁰

29. La amplia *literatura* sobre amnistías en su mayoría adopta la posición descrita en los puntos precedentes (25-28) y normalmente recurre a las mismas fuentes normativas.²⁶¹ Con frecuencia, se arguye, desde una perspectiva *ratione materiae*, que las

²⁵⁸ Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sección 3.ª), 4 de noviembre de 1998, Recurso de Apelación n.º 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico "Octavo": Cosa juzgada. Véase también Alicia Gil Gil, "España", en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), 335, p. 357. Véase también el proceso alemán sobre los desaparecidos de nacionalidad alemana durante el régimen militar argentino que no estaba obstaculizado por las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida (cf. Kai Ambos, Guido Ruegenberg y Jan Woischnik, "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des 'Verschwindenlassens'? Rechtslage für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit" (1998), 25 EuGRZ 468, pp. 474 ss.).

²⁵⁹ Cf. Cryer et al. (nota 76), p. 33. Véase para una discusión Kai Ambos, *Internationales Strafrecht* (Múnich: C. H. Beck, 2006), § 3 nm. 53 ss.

²⁶⁰ Cf. Cassese (nota 89), p. 316; similar Pfanner (nota 29), pp. 371-372; Werle (nota 18) nm 212.

²⁶¹ Véase Ambos (nota 76), pp. 209 ss. con otras referencias en la nota 214; ídem (nota 259) § 7 nm. 114; véase también Teitel (nota 14), p. 58; Cherif Bassiouni, *International Criminal Law* (Ardsley: Transnational Publishers, 1999), pp. 10-14, 22; Goldstone y Fritz (nota 22), p. 663; Méndez (nota 29), p. 33; Andreas O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (La Haya, Nueva York y Londres: Kluwer, 2002), pp. 195-6; Christina Möller, *Völkerstrafrecht und ISiGH - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (Münster: LitV, 2003), pp. 614-5, 619; Antonio Cassese, "The Special Court and international law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty" (2004), 2 JICJ, pp. 1130 ss.; Ángel Sánchez L., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), pp. 372 ss.; Urs Behrendt, *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte* (Berlin: BWV, 2005), p. 308; Jörg Menzel, Tobias Pierlings y Jeannine Hoffmann, *Völkerrechtsprechung* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2005), p. 795; Stahn (nota 65), p. 704; ídem (nota 47), p. 461; Bell (nota 121), pp. 3 ss.; Burke-White (nota 81), p. 582; Seils y Wierda (nota 22), p. 14; Olson (nota 31), pp. 283-284; Salmón (nota 75), pp. 332 ss. (339-40). HRW, 2005, pp. 12 ss. no distingue entre amnistías absolutas y condicionales, pero sostiene de manera general que una amnistía respecto a "crímenes más graves" es inadmisibles. Para una posición filosófica véase Anja Matwiliw, "A Philosophical Perspective on Rights, Accountability and Post-Conflict Justice: Setting up the Premises", en Bassiouni (nota 10) 155, pp. 193 ss.

amnistías son inadmisibles respecto a los crímenes internacionales nucleares.²⁶² El mismo argumento se hace invocando el deber de perseguir estos crímenes.²⁶³ El claro compromiso del Estatuto de la CPI en contra de la impunidad (párrafos 4 a 6 del preámbulo) es considerado una expresión de *opinio iuris* de que las amnistías están prohibidas respecto a los crímenes de competencia de la CPI.²⁶⁴ Algunos estudios, desde una perspectiva mucho más pragmática y políticamente orientada, no aceptan amnistías que equivalgan a impunidad.²⁶⁵ El argumento de la soberanía avanzado por el *Conseil Constitutionnel* francés²⁶⁶ —que el ejercicio efectivo de la soberanía comprende el derecho a tomar una decisión soberana sobre la amnistía— no es convincente, dado que se basa en un concepto grociano de soberanía que no tiene en cuenta las obligaciones internacionales, esto es, el deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares.²⁶⁷

5.2. Una amnistía condicionada puede ser admisible bajo ciertas circunstancias (enfoque flexible)

30. Una amnistía condicional es una amnistía que —a diferencia de una amnistía absoluta— no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s). La primera y mínima condición es que los grupos armados prometan deponer sus armas incondicionalmente y así facilitar el fin de las hostilidades. Esta condición es la consecuencia de los argumentos de los peores abusos o del riesgo de transición arriba mencionados (punto 3). Más concretamente, los (antiguos) autores deben efectuar ciertos actos con vistas a cumplir con el núcleo del elemento justicia, esto es, especialmente satisfacer los legítimos reclamos de las víctimas

²⁶² Werle (nota 17), p. 65: "una exención general [...] inaceptable", "amnistías generales para crímenes de derecho internacional son inadmisibles"; Meyer (nota 178) pp. 556-7: "La corriente de opinión predominante [...] excluye al menos a las amnistías generales como mecanismos de responsabilidad legítimos para crímenes contra el derecho internacional"; Olson (nota 31), p. 284; Boraie (nota 24), p. 278.

²⁶³ Véase *Princeton Principles*, principio 7: "Las amnistías están generalmente en contradicción con la obligación de los Estados de asignar responsabilidad [...]". www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007) y Werle (nota 18) nm 212; ss.enyonjo (nota 175), p. 386.

²⁶⁴ Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 300; véase también Scharf (nota 57), p. 522; Stahn (nota 65), p. 702.

²⁶⁵ Véase Scharf (nota 57), p. 512 donde sostiene que las amnistías no equivalen a impunidad, sino que más bien con frecuencia están vinculadas a mecanismos de responsabilidad; en contra de la posibilidad de amnistiar "verdaderos" crímenes internacionales también Joyner (nota 22), pp. 40, 42-43.

²⁶⁶ Decisión 98-408, 22 de enero de 1999, *Journal officiel de la République Française* du 24 Janvier 1999, 1317, p. 1320. Véase también Young (nota 89), pp. 479 ss.

²⁶⁷ Véase también Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 333-334.

(puntos 10-11), en particular a través de la revelación completa de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad, el arrepentimiento, etcétera.²⁶⁸ Como un importante efecto colateral, este proceso de afrontar el propio pasado ayudará a los antiguos autores en su propia rehabilitación y reintegración en la nueva sociedad. Dado que una amnistía condicional está acompañada normalmente por una CVR, también son aplicables los criterios desarrollados para una CVR efectiva (punto 16). Al igual que en el caso de una CVR, la legitimidad de una amnistía depende del procedimiento empleado para su creación.²⁶⁹ Cuanto más amplia sea la participación ciudadana, cuanto más democrático y transparente sea este proceso, tanta más legitimidad gozará la amnistía. Igualmente importante es la calidad democrática del procedimiento por medio del cual se seleccionan los beneficiarios de la amnistía. Dicho todo esto, es claro que desde la perspectiva de las víctimas lo esencial de una amnistía condicional es que prevea *alguna forma de responsabilidad*, si bien no dentro del marco de un juicio penal al menos a través de un mecanismo alternativo, especialmente una CVR. Solo este tipo de amnistía, que podría ser llamada *amnistía responsable (accountable amnesty)*,²⁷⁰ puede, según las condiciones y circunstancias del caso concreto, contribuir a la verdadera reconciliación.²⁷¹ El cumplimiento de todas estas condiciones puede ser facilitado por una *cláusula de revocación de la amnistía* como parte de un tratado de paz que establezca que la amnistía será revocada si las partes del tratado violan las condiciones acordadas.²⁷²

²⁶⁸ Cf. Cryer et al. (nota 76), p. 33, donde afirma que "una amnistía será menos probablemente ilegítima si existen otros mecanismos para la compensación de la víctima y similares". Sobre posibles condiciones a las amnistías véase Mallinder study (nota 29), par. 42 ss., incluida la figura 5, donde constata que en la mayoría de los casos se han previsto medidas de reparación, seguidas por rendición/desarme, tiempo límite para la aplicación de la medida, arrepentimiento y cooperación, comisiones para la verdad y reconciliación, lustración y justicia basada en la comunidad.

²⁶⁹ Véase también CIDH, Informe anual, 192-3 (1986); Slye (nota 52), pp. 239, 245, 246; véase también Young (nota 89), p. 476; sobre el procedimiento democrático véase también Teitel (nota 14), p. 58; Goldstone y Fritz (nota 22), p. 664.

²⁷⁰ Slye (nota 52), pp. 245-246.

²⁷¹ Para una conclusión similar y un útil, aunque no completamente satisfactorio, intento de desarrollar criterios para evaluar la posible contribución de una amnistía a la reconciliación cf. Mallinder study (nota 29), par. 54 ss., que afirma en el par. 66 que el efecto sobre la reconciliación "depende de las amplias condiciones políticas de un Estado [...]".

²⁷² Cf. Sierra Leone TRC Report (nota 26), capítulo 6, p. 369, par. 26; Bell (nota 121), pp. 13 ss.

31. El ejemplo más famoso de tal amnistía responsable es el de Sudáfrica,²⁷³ prevista en el epílogo a la Constitución de 1994²⁷⁴ y regulada en detalle en la Ley de Verdad y Reconciliación (Truth and Reconciliation Act).²⁷⁵ Según esta normativa, una amnistía individual puede ser concedida, a requerimiento, por un específico Comité de Amnistía²⁷⁶ dentro del marco de un procedimiento parecido a un proceso que exponga al solicitante a un escrutinio público. En Sudáfrica, las condiciones eran, *inter alia*, que el solicitante revelara todos los hechos cometidos ("esquema de reconocimiento por amnistía",²⁷⁷ "amnistía a cambio de verdad"²⁷⁸) y que estos hechos pudieran ser considerados delitos políticos.²⁷⁹ De 7116 solicitudes individuales, en 1167 casos se concedió

²⁷³ Véase el fundamental estudio de Jeremy Sarkin, *Carrots and sticks: TRC and the South African amnesty process* (Intersentia, Antwerp, Oxford 2004); un punto de vista de un insider ofrece Boraine (nota 24); véase también Dugard (nota 65), pp. 1011-1012; Schlunck (nota 31), pp. 186 ss., 226 ss.; Gavron (nota 65), pp. 113 ss.; Schiff (nota 157), pp. 328 ss.; Paul van Zyl, "Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission's Contribution to Justice in Post-Apartheid South Africa", en Bassiouni (nota 10), pp. 745 ss.; Cassin (nota 15) especialmente, pp. 238 ss.; Jeremy Sarkin, "The Amnesty Hearings in South Africa Revisited", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), pp. 43 ss.; Volker Nerlich, "Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process", en ibidem, pp. 55 ss.; sobre los procesos posteriores a la CVR véase Lovell Fernandez, "Post TRC Prosecutions in South Africa", en ibidem, pp. 65 ss.

²⁷⁴ Véase supra el punto 3 incluida la nota 23.

²⁷⁵ Su nombre completo es "Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación n.º 34 de 1995" ("Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995"). Véase también Sarkin (nota 273), pp. 234 ss.

²⁷⁶ La Ley de la CVR (sección 3 (3)) crea tres comités (el Comité de las violaciones a los Derechos Humanos, el Comité de la Reparación y Rehabilitación, el Comité de la Amnistía). El Comité de la Amnistía está facultado a conceder una amnistía respecto a todo acto, omisión o delito si media una solicitud particular, siempre que quien la ha solicitado haya revelado completamente todos los hechos y, además, siempre que el acto, omisión o delito en cuestión cometido en el curso de los conflictos del pasado esté asociado con un objetivo político (sección 20 (1), (2), (3) Ley de la CVR).

²⁷⁷ Abrams y Hayner (nota 138), p. 287.

²⁷⁸ Boraine (nota 24), pp. 275 ss. (276: "revelación completa").

²⁷⁹ Véase la sección 3 (1) de la Ley de la CVR según la cual la CVR debe facilitar "[...] la concesión de la amnistía a personas que hacen una completa revelación de todos los hechos importantes referidos a actos asociados con un objetivo político [...]"; la sección 20 (3) define un acto "asociado con un objetivo político" recurriendo a los siguientes criterios:

- "(a) El motivo de la persona que cometió el acto, omisión o delito;
- "(b) el contexto en el cual el acto, omisión o delito y, en particular, si el acto, omisión o delito fue cometido en el curso de o como parte de una revuelta, disturbio o suceso o en reacción a esto;
- "(c) la naturaleza jurídica o fáctica del acto, omisión o delito, incluida la gravedad del acto, omisión o delito;
- "(d) el objeto u objetivo del acto, omisión o delito y, en particular, si el acto, omisión o delito fue dirigido primariamente contra un adversario político o contra personal o propiedad del Estado o contra individuos o propiedad privada;
- "(e) si el acto, omisión o delito fue cometido en ejecución de una orden de o en nombre de o con aprobación de la organización, institución, movimiento de liberación u órgano del cual era miembro, agente o partidario la persona que cometió el acto; y
- "(f) la relación entre el acto, omisión o delito y el objetivo político perseguido y en particular la proximidad y el carácter directo de la relación y la proporcionalidad del acto, omisión o delito respecto al objetivo perseguido. Pero no incluye a ningún acto, omisión o delito cometido por alguna persona referida en la subsección 2 si esto actuó:

la amnistía y en 145 el solicitante tuvo un éxito parcial.²⁸⁰ Dadas estas condiciones, la amnistía sudafricana debe ser claramente distinguida de una amnistía absoluta tal como la he definido arriba (punto 24).²⁸¹ De este modo, no sorprende que haya sido aprobada por la Corte Constitucional básicamente con el argumento de que era necesaria para cruzar un "puente histórico" en el camino hacia la reconciliación y unidad nacionales.²⁸² Sin embargo, se ha criticado que la amnistía sudafricana, con excepción de la exigencia del delito político, no tuviera limitaciones *ratione materiae* o *personae*,²⁸³ y es efectivamente discutible que estas limitaciones generalmente reconocidas (puntos 15, 21, 25 ss.) puedan ser ignoradas sin más. Si bien del test de proporcionalidad (puntos 19 ss.) 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 (punto 21), 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

"(i) en beneficio personal: a condición de que el acto, omisión o delito cometido por una persona que actuó o recibió dinero o algo de valor en cuanto informante del Estado o de un antiguo Estado, organización política o movimiento de liberación no sea excluido solo en razón de que la persona haya recibido dinero o algo de valor por su información; o

"(ii) en razón de malicia personal, malevolencia o despecho contra la víctima de los actos cometidos".

Para una análisis crítico de los requisitos de la revelación de los hechos y del delito político véase Sarkin (nota 273), pp. 249 ss., pp. 278 ss.; sobre la naturaleza política de los actos véase también Boraine (nota 24), pp. 276-277.

²⁸⁰ Para un análisis detallado véase Sarkin (nota 273), pp. 107 ss.

²⁸¹ Véase también la Corte Constitucional, supra nota 24, par. 32: "La amnistía contemplada no es una amnistía absoluta contra una persecución penal para todo el mundo, concedida automáticamente como un acto uniforme de amnesia legalmente obligatoria. Ella es autorizada en concreto con el propósito de lograr una transición constructiva hacia un orden democrático. Ella está disponible solo si existe una completa revelación de los hechos al Comité de la Amnistía y si es claro que la transgresión concreta, cometida en el curso de los conflictos del pasado, fue realizada durante el período prescripto y con un objetivo político". Para una defensa a este respecto también Boraine (nota 24), pp. 297-298.

²⁸² Corte Constitucional, supra nota 24; la mención a un "puente histórico" está contenida en el epílogo a la Constitución (supra nota 23); Mahomed DP concluyó, seguido por los nueve jueces restantes (Didcott J. disintió únicamente en cuanto al fundamento respecto a la exclusión de la responsabilidad civil): "En conclusión, estoy satisfecho de que el epílogo de la Constitución haya autorizado y contemplado una "amnistía", en su significado más amplio y generoso para aumentar y optimizar las posibilidades de facilitar el viaje constitucional de la vergüenza del pasado a la promesa del futuro" (Corte Constitucional, supra nota 24, par. 50).

²⁸³ Para una exposición general de la crítica véase Sarkin (nota 273), pp. 6 ss.; críticamente también Imbleau (nota 122), p. 170; Hunt (nota 125), p. 196; Orozco (nota 59), pp. 186-187; Sooka (nota 7), pp. 316-317. Según Schiff (nota 157), pp. 331, 339, 341, la generalizada impunidad en Sudáfrica se debe más a la debilidad del sistema judicial doméstico que al trabajo de la CVR. En sentido similar, van Zyl (nota 273), pp. 745 ss., sostiene que la CVR no tenía autoridad sobre las persecuciones y reparaciones (p. 760); en todo caso, fue "extraordinariamente exitosa como proceso de narración de la verdad" (p. 759); para una evaluación positiva también Boraine (nota 24), pp. 258 ss. (véanse ya las notas 136 y 281), pp. 340 ss. (con respecto a la reconciliación). Según Lovell Fernández (nota 273), hay pocas dudas de que "la elección de conceder amnistías a personas que han cometido crasas violaciones de los derechos humanos no está de acuerdo con el derecho internacional" (p. 79). Para una reciente defensa Desmond M. Tutu, "Reflections on Moral Accountability" (2007) 1 IJTJ, pp. 6-7.

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 (sobre este "argumento de los peores abusos" véase el punto 3). 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.

32. Probablemente, el argumento jurídico más fuerte a favor de un enfoque flexible se encuentre en el artículo 6 (5) del Protocolo adicional II (PA II) a las cuatro Convenciones de Ginebra.²⁸⁴ La disposición siempre ha sido interpretada —de acuerdo con la opinión del CICR basada en los *travaux*—²⁸⁵ en el sentido de que únicamente se refiere a actos legales en combate y a aquellas violaciones mutuas del derecho internacional humanitario que han sido cometidas como una consecuencia necesaria del conflicto armado, esto es, en el sentido de que no cubre las infracciones al derecho internacional humanitario.²⁸⁶ En efecto, la disposición se aplica solo a los conflictos armados no internacionales y de este modo no puede socavar el deber de perseguir las infracciones graves. En cuanto a amnistías respecto a crímenes cometidos en conflictos no internacionales, la reciente criminalización de estos actos por la jurisprudencia en el caso *Tadić*²⁸⁷ y el artículo 8 (2) (c) y (e) del Estatuto de la CPI hacen necesario desde el punto de vista del principio de la unidad del orden jurídico (internacional), o bien seguir la interpretación restrictiva del CICR, o bien rechazar las amnistías por crímenes de guerra: si este orden establece un deber de perseguir crímenes de guerra (en particular las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, punto 7), no puede, al mismo tiempo (y precisamente

²⁸⁴ La disposición reza: "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".

²⁸⁵ Cf. Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987) nm 4618: "El objeto de este párrafo es dar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido". Véase también Pfanner (nota 29), p. 371.

²⁸⁶ Concordantemente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.480, Informe n.º 1/99, par. 116; UN-ECOSOC, *impunity*, 27.2.2004, par. 27. Véase también Cassel (nota 55), p. 218; Méndez (nota 29), p. 35; Gavron (nota 65), pp. 101-102 y Slye (nota 52), p. 178, todos haciendo referencia a la posición del CICR; también Young (nota 89), pp. 446-447; Seils y Wierda (nota 22), p. 14; Olson (nota 31), p. 286; Salomón (nota 75), p. 338.

²⁸⁷ *Prosecutor vs. Tadić* [2 October 1995], Decisión de Apelación, IT-94-1-AR 72 (TPIY), par. 71 ss.

por un instrumento de la misma área jurídica, a saber el DIH), permitir que estos crímenes sean exonerados de castigo.²⁸⁸ Sea como sea, la mera existencia del artículo 6 (5) PA II con su explícita referencia a una amnistía exige cierta flexibilidad; por consiguiente, luego de un conflicto armado una amnistía debe seguir siendo posible, de acuerdo con el artículo 6 (5) PA II, si es una herramienta apropiada y necesaria para lograr la reconciliación nacional²⁸⁹ y si no socava el deber de investigar del Estado.

33. La *doctrina* predominante sigue el enfoque doble, que distingue entre amnistías absolutas y condicionales,²⁹⁰ y consiguientemente permite las últimas en ciertas y excepcionales circunstancias. Algunos estudiosos sostienen que, desde el punto de vista jurídico, una prohibición general aún no existe;²⁹¹ otros, que por razones políticas no puede existir;²⁹² aun otros ponen énfasis en los criterios para permitir amnistías condicionales o limitadas —por ejemplo, que toda la verdad sea dicha y que la amnistía sea necesaria para la transición pacífica²⁹³ o que ella sea aplicada solo a crímenes colectivos—. ²⁹⁴ En algunos casos, el dilema argumentativo deviene manifiesto al tratar de reconciliar ambos puntos de vista, el prohibitivo y el permisivo; los estudios llevados a cabo por Orentlicher²⁹⁵ y Dugard²⁹⁶ sirven de buenos ejemplos a este respecto. Orentlicher propone, por un lado, un principio (n.º 22) de acuerdo con el cual los Estados deberán incorporar “garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía [...]” y, por el otro, un principio específico (n.º 24) según el cual las amnistías y otras medidas de clemencia serán en general posibles, pero

²⁸⁸ Véase ya Ambos (nota 76), pp. 210-211; véase también Christian Tomuschat, “The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals”, en H. J. Cremer (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Steinberger* (Berlín: Springer, 2002), p. 315; Werle (nota 17) nm 191 incluida la nota 366; Sánchez L. (nota 261), p. 371; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 272; Gerhard Hafner, Kristen Boon, Anne Rubesame y Jonathan Huston, “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood” (1999) 10 *EJIL* 111; Gavron (nota 65), p. 103.

²⁸⁹ Véase también Arsanjaní (nota 22), p. 65 y Bell (nota 121), pp. 5 ss.

²⁹⁰ Véanse las referencias supra en la nota 89.

²⁹¹ Véase por ejemplo Cassese (nota 89), p. 315: “No existe aún ninguna obligación general de abstenerse a dictar leyes de amnistía respecto a estos crímenes”. Para un punto de vista más estricto aparentemente Olson (nota 31), pp. 289 ss. generalmente en contra de una amnistía respecto a crímenes nucleares internacionales.

²⁹² Véase por ejemplo Werle (nota 17), p. 66 (nm 190): “[...] derecho (penal) internacional no puede bloquear completamente una amnistía que es necesaria para restaurar la paz”; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 278-279: “prohibición relativa”; Ward Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts* (La Haya: TMC Asser Press, 2006), pp. 205 ss. (207: “presunción” de prohibición); Kreicker (nota 22), pp. 17-18, 306. Véase también el análisis crítico del elemento justicia en el proceso de paz de Dayton en Williams (nota 21), p. 115, quien concluye que “el punto de vista actualmente predominante parece ser que es mejor negociar la paz con los responsables de las atrocidades que insistir en la inclusión de normas de justicia que pueden hacer descarrilar el proceso de paz [...]” (p. 133).

²⁹³ Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 324 ss. (326).

²⁹⁴ Larry May, *Crimes against Humanity* (Cambridge: CUP, 2005), pp. 243 ss., 251-2.

²⁹⁵ Orentlicher *impunity principles*.

²⁹⁶ Dugard (nota 61), pp. 693 ss.

mantenidas dentro de ciertos límites, a saber, que el Estado en cuestión desarrolle una investigación independiente e imparcial²⁹⁷ o que la persona en cuestión sea sometida a juicio ante la justicia nacional o internacional²⁹⁸ y que la amnistía no afecte el derecho de la víctima a reparación.²⁹⁹ Interpretando de este modo estos principios contradictorios (22 y 24), la autora dice que intentó

[...] evitar toda posible implicación de que el autor de delitos graves con arreglo al derecho internacional pueda verse eximido por *completo* de castigo penal si durante el período de la investigación [...] revela sus delitos.³⁰⁰

Dugard, por un lado, deriva del deber de perseguir los crímenes internacionales una prohibición de amnistiar estos crímenes,³⁰¹ pero, por el otro, en vista de la práctica de los Estados rechaza la existencia de tal deber y, consiguientemente, una prohibición de amnistía,³⁰² y en última instancia deja a la discreción de los Estados concernidos la concesión de amnistías con tal de que no contemplen genocidios, infracciones graves y tortura.³⁰³ De hecho, aunque Dugard no distingue claramente entre el deber de perseguir y la concesión de amnistías, sí distingue entre amnistías absolutas y condicionales, concretamente la chilena y la sudafricana.³⁰⁴ Para las últimas, él requiere una aprobación judicial o una investigación cuasijudicial³⁰⁵ y las acepta —siguiendo el ejemplo de Sudáfrica— si han “sido concedidas como parte de una investigación” que apunte a la “verdad y reconciliación y cada persona [...] ha sido obligada a revelar completamente su conducta criminal como precondition para la amnistía y los hechos tenían una motivación política”.³⁰⁶

²⁹⁷ Orentlicher *impunity principles*, Principio 24 (a) en relación con el Principio 19.

²⁹⁸ *Ibidem*, Principio 24 (a).

²⁹⁹ *Ibidem*, Principio 24 (b).

³⁰⁰ Orentlicher *impunity principles commentary*, par. 56 (bastardilla agregada). Más recientemente Orentlicher confirmó su respaldo a mecanismos de responsabilidad penal, pero hizo énfasis en la importancia de los actores locales, los cuales pueden hacer necesaria una suspensión temporal de la persecución penal (Orentlicher (nota 22), pp. 21-22).

³⁰¹ Dugard (nota 61), p. 697.

³⁰² *Ibidem*, p. 698.

³⁰³ *Ibidem*, p. 699. De manera similar ya Dugard (nota 65), pp. 1003-1004, expresa dudas acerca de si el derecho internacional —dada la práctica estatal contraria— prohíbe las amnistías, aunque reconoce que se está “moviendo en esa dirección”. En cuanto a los crímenes en particular, sostiene que el genocidio y los crímenes de guerra (“infracciones graves”) no pueden estar cubiertos por una amnistía, pero que el derecho no es claro respecto a otros crímenes internacionales (p. 1015).

³⁰⁴ Dugard (nota 61), pp. 699-700.

³⁰⁵ Dugard (nota 61), p. 703.

³⁰⁶ Dugard (nota 61), p. 700. De manera similar ya Dugard (nota 65), pp. 1005, 1015, considera que una amnistía absoluta, incondicional, sin una comisión de la verdad “no es más una opción aceptable”.

II. PROCESOS DE PAZ Y CPI

1. Consideraciones preliminares

34. Aunque por mucho tiempo los procesos de paz no han estado bajo el control de un *mecanismo permanente de responsabilidad*—como mucho han sido establecidos *ex post facto* mecanismos *ad hoc* como tribunales internacionales o internacionalizados—,³⁰⁷ la situación ha cambiado radicalmente con el establecimiento de la CPI.³⁰⁸ En efecto, la CPI es “parte del proyecto de justicia de transición”³⁰⁹ 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.³¹⁰ Este efecto no se limita a los Estados parte, dado que, como muestra la situación de Sudán, incluso un Estado no parte puede ser objeto de investigaciones de la CPI en caso de una remisión de la situación por el Consejo de Seguridad (artículo 13 (b) Estatuto de la CPI).³¹¹ Es interesante saber que investigaciones empíricas muestran que la mayoría de las víctimas apoyan la idea de una justicia penal internacional y universal.³¹² Además, dado que la CPI se basa en un tratado independiente (artículos 1 y 4 Estatuto de la CPI), otros actores, especialmente la ONU, no pueden, con excepción del Consejo de Seguridad (sobre el artículo 16 Estatuto de la CPI, véase el punto 50), interferir en sus investigaciones. Como muestra la situación del norte de Uganda, la ONU como mediadora de la paz no está en posición de decidir sobre la continuación de una investigación o el retiro de las órdenes de detención.³¹³ La CPI tiene autonomía judicial *vis-à-vis* otras organizaciones internacionales y tribunales, así como *vis-à-vis* las partes

³⁰⁷ Sobre los Tribunales “híbridos”, en este contexto véase Kritz (nota 10), pp. 70 ss.

³⁰⁸ Schlunck (nota 31), pp. 251-252, 254; Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 665-666; para una evaluación positiva Seils y Wierda (nota 22), p. 18.

³⁰⁹ Luis Moreno-Ocampo, “Transitional justice in ongoing conflicts” (2007), 1 IJTJ, 8.

³¹⁰ Seils y Wierda (nota 22), p. 19. Sobre el efecto de exclusión que acarrea la persecución penal véase ya supra el punto 21 incluida la nota 197.

³¹¹ Esta expansión jurisdiccional ha sido llamada el “mazo” (*sledgehammer*) de la CPI por Antonio Cassese, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections” (1999), 10 EJIL 144, p. 161.

³¹² Según Kiza, Rathgeber y Rohne (nota 5), pp. 100 ss. (cuadro 21), 110, 156 el 53% de las víctimas entrevistadas quería que un tribunal internacional juzgue a los autores. Cf. para el punto de vista no uniforme de las víctimas ugandesas OHCHR (nota 34), pp. 50 ss.

³¹³ Véase supra el punto 25 incluida la nota 244.

de un conflicto. Esto se sigue de su posición organizativa—recién descrita— y de varias disposiciones del Estatuto.³¹⁴ Al mismo tiempo, en situaciones de conflictos en curso la CPI, especialmente la Oficina del Fiscal (OF), debe guardar las distancias respecto a todas las partes de un conflicto para preservar su imparcialidad y neutralidad.³¹⁵ Por otro lado, las decisiones de la Corte no tienen un efecto limitador sobre terceros Estados; estos deciden autónomamente sobre su jurisdicción e interés de perseguir crímenes internacionales.³¹⁶ Por el contrario, las limitaciones de la Corte *ratione personae* y *materiae* (ver punto 36) significan que las jurisdicciones domésticas aún tienen un importante papel que desempeñar en el juzgamiento de crímenes internacionales, con excepción de los autores más importantes de los crímenes más importantes.³¹⁷ A la vez, el Estatuto de la CPI puede tener un efecto limitador sobre las amnistías nacionales en la medida en que los Estados parte están obligados a cooperar, por ejemplo, entregando a una persona que está protegida por una amnistía nacional (incondicional).³¹⁸

35. La cuestión de la *amnistía* fue planteada, aunque no fue considerada con seriedad, durante el Comité Preparatorio³¹⁹ y deliberadamente eludida durante la Conferencia de Roma.³²⁰ De hecho, un acuerdo general sobre la cuestión no era viable y, en consecuencia, se dejó su solución, como la de tantas otras, a la CPI.³²¹ De la misma

³¹⁴ Véase por ejemplo el art. 19 (1) según el cual la CPI “se cerciorará” (*shall satisfy itself*) y determinará la admisibilidad “de oficio” (*on its own motion*) (cf. Stahn (nota 65), p. 700).

³¹⁵ Véase OTP Activities Report, p. 16-17 donde se declara, en relación con las iniciativas de paz en el norte de Uganda, que “[...] para preservar su imparcialidad, la Oficina [del fiscal] no puede formar parte de estas iniciativas. La política de la Oficina es mantener su propia independencia y llevar a cabo su mandato de investigar y enjuiciar, y hacerlo de tal modo que respete los mandatos de otros e intente maximizar el impacto positivo de los esfuerzos conjuntos de todos los actores. [...] la Oficina ha mantenido un perfil público bajo durante la investigación [...]. En ningún momento, sin embargo, la Oficina frenó su investigación”.

³¹⁶ Cf. Robinson (nota 32), pp. 503-504; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 576 ss. Véase también supra el punto 25.

³¹⁷ Véase también OTP Policy Paper, p. 3 y 7, que aboga por un enfoque de dos niveles que deje la persecución de los “autores de nivel inferior” a las jurisdicciones domésticas.

³¹⁸ Con más detalle Seibert-Fohr (nota 22), pp. 584 ss.

³¹⁹ Report of the PrepCom on the Establishment of the ICC (1996), UN-GAOR, 51^a session, suppl. n.º 22 (A/51/22), vol. I., p. 40 (par. 174): “También se ha expresado el punto de vista de que la “excepción” al principio *non bis in idem* tal como establecida en el artículo 42 (b) debería extenderse más allá del procedimiento judicial para abarcar la libertad condicional, el indulto, la amnistía, etc.”. Scharf (nota 57), pp. 507, 508, Gavron (nota 65), p. 108 y Seibert-Fohr (nota 22), p. 562 se refiere a un documento informal (*non-paper*) de los Estados Unidos; además, Seibert-Fohr (nota 22), p. 556 sugiere que una de las razones de la administración Bush de “retirar la firma” (*unsign*) del Estatuto de la CPI fue la ausencia de una disposición sobre amnistías. Véase también Arsanjani (nota 22), p. 67: “nunca discutida con seriedad”; Robinson (nota 32), p. 483; Cárdenas (nota 47), pp. 155-156.

³²⁰ Hafner, Boon, Rübesame y Huston (nota 288), pp. 109-113; véase también Dugard (nota 65), p. 1013; Dugard (nota 61), pp. 700-701 con otras referencias.

³²¹ La historia de las negociaciones es malinterpretada por Young (nota 89), pp. 459 ss., quien critica la ausencia de una disposición explícita y de pautas precisas sobre la amnistía en el Estatuto y las RPP (pp. 470-471, 475-476, 482). Este autor no solo ignora que la cuestión fue deliberadamente dejada abierta por los proyectistas dado que arribar a un acuerdo era simplemente imposible (véase también Robinson (nota 32) 483;

manera, tampoco fue tratada expresamente la cuestión de los mecanismos de responsabilidad alternativos.³²² En todo caso, el Estatuto de la CPI es un instrumento flexible y la CPI un mecanismo de responsabilidad flexible.³²³ Desde el punto de vista jurídico, esto se sigue, por un lado, de la relativamente amplia discreción del fiscal con respecto a la investigación preliminar y a la toma de ciertas medidas de investigación³²⁴ y, por el otro lado, de los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de la CPI, que serán analizados con más detalle más adelante (puntos 37 ss.). Dichas disposiciones podrían ser interpretadas como un reconocimiento indirecto de medidas de abstención de la persecución penal a fin de lograr una transición pacífica o la paz.³²⁵ En la práctica, el fiscal toma en consideración el argumento del riesgo de la transición (punto 3) y trata de evaluar el riesgo real y concreto a través de discusiones minuciosas con las fuentes en el terreno de conflicto.³²⁶ Por consiguiente, el Estatuto de la CPI deja lugar a las amnistías u otras exenciones si ellas son condicionales y están acompañadas de formas alternativas de justicia, las cuales en última instancia pueden conducir a la persecución y sanción penal.³²⁷ En efecto, es inconcebible que la CPI pretenda reemplazar la decisión de una entera nación que busca paz y justicia por medios alternativos.³²⁸ Sin embargo, va demasiado lejos justificar esta flexibilidad con el "objetivo general [de la CPI] [...] de proteger la paz y la seguridad".³²⁹

Seibert-Fohr (nota 22), pp. 561, 589; Cárdenas (nota 47), p. 156), sino también —en un nivel más general— convierte erróneamente a la CDI en proyectista del Estatuto (p. 459: "[...] la CDI proyectó sencillamente disposiciones [...]"] y al Estatuto en un tratado de la ONU (p. 464: "La ONU adoptó el Estatuto de Roma [...]"). Estos son errores graves y sorprende cómo el trabajo pudo haber sido publicado sin que estos errores fueran corregidos.

³²² Cf. Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court*, Vol. 1 (Nueva York: Transnational Publishers, 2005), pp. 133-134.

³²³ Cf. Daniel D. Ntanda Nsereko, "The ICC: jurisdictional and related issues" (1999) 10 *CLF* 87, p. 120; Arsanjani (nota 22), p. 65, pp. 66, 68; Robinson (nota 32), pp. 483-484, 502, 505; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 557-558, 573-574; Clark (nota 65), pp. 407, 414; Meyer (nota 178), pp. 564 ss., p. 576, afirma que, "mientras las decisiones nacionales [...] se compadecan con la complejidad de las convicciones y dinámicas sociales, la CPI debería ser respetuosa" de ellas. Schlunck (nota 31), p. 259 sostiene que sería corto de vista poner a la CPI por sobre la voluntad política de quienes toman las decisiones nacionales, esto iría contra una gestión flexible del conflicto.

³²⁴ El estándar del "fundamento suficiente" (*reasonable basis*) de los arts. 15 (3) y 53 deja una amplia discreción; la solicitud de una orden de detención conforme al art. 58 puede ser aplazada si el sospechoso participa en las negociaciones de paz (véase también Seils y Wierda (nota 22), pp. 2, 7). Incluso HRW, 2005, p. 21 admite que existe alguna discreción en la persecución respecto al "timing", por ejemplo, con respecto a la solicitud de una orden de detención; sin embargo, el fiscal no debería reconocer públicamente que el retraso se debe al proceso de paz y este retraso no debería ser indefinido (*ibidem*, p. 22).

³²⁵ Véase también Scharf (nota 57), p. 508 que sostiene incluso que el documento informal ("non-paper") de los Estados Unidos, formalmente rechazado (nota 319), fue indirectamente codificado; críticamente Cárdenas (nota 47), p. 156.

³²⁶ Seils y Wierda (nota 22), p. 13.6

³²⁷ Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 656, 667; Stahn (nota 65), p. 719.

³²⁸ Goldstone y Fritz (nota 22), p. 667.

³²⁹ Seibert-Fohr (nota 22), p. 574.

Por un lado, esto es una exageración: aunque el preámbulo (párrafo 3) haga referencia a la paz y a la seguridad en conexión con los crímenes de competencia de la CPI, esta en cuanto corte *penal* interesada en la responsabilidad individual tiene objetivos mucho más concretos y modestos, a saber, perseguir y sancionar a los autores de crímenes internacionales (preámbulo, párrafo 4) y así "poner fin a la impunidad" de esos crímenes (preámbulo, párrafo 5). Si, como efecto colateral, esto también contribuye a la paz y a la seguridad, entonces ha de ser bienvenido,³³⁰ pero no puede ser el objetivo principal o "general" de la CPI. Por el otro lado, si la continua impunidad de estos crímenes realmente amenaza la paz y la seguridad internacionales, como sugiere el párrafo 3 del preámbulo, entonces es contradictorio justificar exenciones del castigo —la impunidad de estos crímenes— con la protección de estos mismos valores. Como 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;³³¹ esto iría, en efecto, contra el *telos* de la CPI.³³²

36. La autonomía judicial de la CPI (punto 34) significa que tiene amplia discreción para decidir cómo tratar con las amnistías. Podría incluso rechazar amnistías que alcancen crímenes respecto a los cuales no exista un claro deber de perseguir.³³³ Por otro lado, las limitaciones *ratione materiae* y *personae* arriba mencionadas (punto 21) operan para la CPI en la dirección opuesta: dado que la CPI —así como los tribunales ad hoc—³³⁴ procura una estrategia de persecución³³⁵ centrada en los crímenes más graves³³⁶

³³⁰ Véase, por ejemplo, *OTP Activities Report*, p. 18 (que hace referencia a la importancia de la justicia y la responsabilidad para la paz en Darfur): "Este claro reconocimiento de las importantes conexiones entre justicia, paz y seguridad [...] es un gran logro en la evolución del rol de la justicia internacional".

³³¹ La cuestión llegó ante el TPIY en *Prosecutor v. Đorđević* [30 March 2004] Sentencing Judgement, Case n.º IT-02-61-S, opinión disidente del juez Schomburg, par. 11: "a) Promesas [...] no pueden resultar de facto en una concesión de amnistía/impunidad parcial por el Fiscal, especialmente no en una institución creada para evitar la impunidad".

³³² Young (nota 89), p. 471; Robinson (nota 32), p. 497; Stahn (nota 65), p. 703; ss.enyonjo (nota 175), p. 377.

³³³ Stahn (nota 65), p. 705.

³³⁴ Véase por ejemplo, CS ONU Res. 1534 (26 de marzo de 2004), par. 5, que solicita al TPIY y al TPIR que se aseguren que las acusaciones se concentren sobre los líderes de más alto nivel, y la regla 28 (A) de las RPP del TPIY que dispone que el Bureau (esto es, la Sala compuesta por el presidente del tribunal, el vicepresidente y los jueces que presiden las Salas de Juicio, cf. art. 23 de las RPP del TPIY) determinará si la acusación "se dirige contra uno o más de los líderes de más alto nivel sospechados de ser los mayores responsables"; de otro modo y si los crímenes no son de suficiente gravedad el caso debería ser reenviado a los tribunales locales (regla 11bis (C)); véase también el art. 1 Estatuto de la CESL ("personas que tienen la mayor responsabilidad [...]").

³³⁵ El fiscal en jefe, Luis Moreno Ocampo distingue al respecto —teniendo en consideración preocupaciones presupuestarias de los Estados donantes— entre un "enfoque guiado por los recursos" muy limitado y un "enfoque guiado por el caso" menos selectivo (*Moreno-Ocampo Statement*, 2005, pp. 8-9).

³³⁶ Esto ya se sigue del preámbulo (por ejemplo, párrafo 4: "crímenes más graves" (*most serious crimes*) y del art. 17 (1) (d) que refiere a la "gravedad suficiente" (*sufficient gravity*); sobre esta exigencia véase abajo el punto

y en los autores mayormente responsables,³³⁷ las amnistías u otras exenciones referidas a autores del nivel medio o bajo y/o a crímenes menos graves no son de su incumbencia.³³⁸ Respecto a los crímenes, la Corte puede seguir un enfoque específico del crimen (*crime-specific approach*), es decir, decidir caso por caso con respecto a cada crimen si está bloqueado por una amnistía; para la desaparición forzada, por ejemplo, podría optar por un rechazo retroactivo de una amnistía anterior, dado que es un delito permanente.³³⁹ En todo caso, dada la exclusión de grandes grupos de autores menores y de crímenes menos graves por la estrategia de persecución actual, persecuciones selectivas por una judicatura nacional centrada en los crímenes más graves y en los autores mayormente responsables generalmente pasarían el test de complementariedad y, por consiguiente, tornarían inadmisibles la intervención de la CPI.³⁴⁰

2. Análisis de disposiciones relevantes

2.1. Complementariedad (artículo 17 Estatuto de la CPI)

2.1.1. Análisis de la disposición

37. El artículo 17, para algunos la disposición "más delicada" en el contexto de la justicia de transición,³⁴¹ organiza la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales

38 incluidas las notas 354 ss. Véase también *OTP Activities Report*, pp. 7-8, 23; *OTP Report on Prosecutorial Strategy*, 14.9.2006, p. 5; *OTP Fourth Report*, p. 4; *Moreno Ocampo Statement 2006b*, p. 2.

337 Cf. *OTP Policy Paper*, p. 3, 7 ("concentrarse [...] sobre aquellos que tienen la mayor responsabilidad [...]); concordantemente *OTP Activities Report*, pp. 7-8, 16, 23; *OTP Report on Prosecutorial Strategy*, 14.9.2006, p. 5; *OTP Fourth Report*, p. 4; *Moreno Ocampo Statement 2006b*, p. 2. Véase también Schlunck (nota 31), p. 260; El Zeidy (nota 73), p. 905; Olásolo (nota 32), p. 146; Stahn (nota 65), pp. 707-708; Meyer (nota 178), p. 577 que sostiene que respecto a los autores de nivel bajo son suficientes sanciones no penales. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, situación en la República Democrática del Congo en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* [24 February 2006] Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (ICC), par. 50, esto también está asegurado por el umbral de gravedad del art. 17 (1) (d). Esta limitación *ratione personae* es confirmada por investigaciones sobre las actitudes de las víctimas, véase *supra* notas 196 y 197.

338 Sobre este "espacio de impunidad", Seils y Wierda (nota 22), p. 14.

339 Cf. Stahn (nota 65), p. 706.

340 Para el mismo resultado Robinson (nota 32), pp. 500-501.

341 Stahn (nota 65), p. 719. Paul Williams y William Schabas: "Issues of Admissibility", en Triffler (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2.º ed., 2008), artículo 17, 605, nota marginal 3-20.

y, como tal, constituye la disposición más importante del Estatuto de la CPI en lo que se refiere a los Estados parte.³⁴² La disposición intenta lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de la jurisdicción (penal) de los Estados y el interés de la comunidad internacional en la evitación de la impunidad de los crímenes internacionales nucleares,³⁴³ dando preferencia a los Estados parte en caso de que tengan voluntad y capacidad de investigar y perseguir tales crímenes. Reafirma esa idea el hecho que la jurisdicción de la CPI solo se activa frente a determinadas causales indicadas en el Estatuto de Roma y por los delitos que dicho texto tipifica, por lo que puede concluirse que se trata de una jurisdicción de *última ratio*.³⁴⁴ La obligación de perseguir a los responsables penales no se encuentra expresamente señalada en el Estatuto de Roma, pero a través del principio de complementariedad se genera un interés de los propios Estados, los cuales, para evitar la intervención de la CPI, se obligan a hacer uso de la acción penal de manera eficaz.³⁴⁵

El artículo 17 proporciona reglas sobre la *admisibilidad* de los procedimientos ante la CPI *vis-à-vis* las jurisdicciones internas. De este modo, no es una disposición jurisdiccional *stricto sensu*, sino que *presupone* la existencia de la jurisdicción (tal como prevén los artículos 11 y 12 del Estatuto de la CPI), la cual puede ser *ejercitada* si el caso es admisible.³⁴⁶ En consecuencia, la complementariedad debe ser entendida como "jurisdicciones que se amalgaman para formar un todo, para complementarse, no para reemplazarse

342 Cf. Benzing (nota 104), p. 593. Mohamed M. El Zeidy: *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice* (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 159. Jens David Ohlin: "Peace, Security and Prosecutorial discretion in the emerging practice of the International Criminal Court", en C. Stahn & G. Sluiter (eds.) (Brill-Martinus Nijhoff Publishers, en prensa), p. 194. Williams y Schabas (nota 341), nota marginal 3-20 (cornerstone); sobre complementariedad "positiva", i. e., la contribución del la CPI para un efectivo funcionamiento de los sistemas judiciales, véase William W. Burke-White: "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice" (2008), 19 CLF 59, pp. 61 ss.; Carsten Stahn: "Complementarity: a tale of of two notions" (2008), 19 CLF 87, pp. 100 ss.; con respecto a la República Democrática del Congo véase Geraldine Mattioli y Anneke van Woudenberg: "Global catalyst for national prosecutions? The ICC in the Democratic Republic of Congo", en Waddell y Clark (eds.); *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa* (Royal African Society, 2008, 55), pp. 57 ss.

343 Cf. Benzing (nota 104), pp. 595 ss., 600. Jakob Pichon: "The principle of complementarity in the case of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court" (2008), 8 ICLR 185, p. 187; según Stahn (nota 342), p. 88, la complementariedad debe ser "principalmente vista como un instrumento para vencer los temores de soberanía".

344 Héctor Olásolo: *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 195.

345 Christoph Grammer: "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones respecto de la desaparición forzada", en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconsta/cont/20042/pr/pr16.pdf> (visitado por última vez el 4 de octubre de 2008).

346 Véase también Benzing (nota 104), p. 594; confuso Seibert-Fohr (nota 22), p. 561, quien trata la cuestión como jurisdiccional.

ni sustituirse".³⁴⁷ La determinación de inadmisibilidad por la CPI de acuerdo con el apartado 1 del artículo 17 presupone que tenga lugar un proceso nacional respecto a los mismos episodios y conductas³⁴⁸ —el artículo 17 se refiere a un caso específico y no a la situación global³⁴⁹—; si esto no es así, es decir, si el sistema nacional está completamente inactivo, el caso ha de ser considerado admisible sin más.³⁵⁰ En este sentido, la soberanía estatal es restringida, por cuanto a los Estados parte no les está permitido permanecer inactivos frente a crímenes internacionales nucleares.³⁵¹ Si bien es cierto que la Corte no debe sustituir los procedimientos nacionales,³⁵² es obligación de los mismos Estados investigar y sancionar los crímenes internacionales, pues "la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no solo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas".³⁵³ Por lo tanto, la CPI actúa frente al incumplimiento de esta obligación primordial que pesa sobre los Estados, evitando así incluso aquellas situaciones en que, "por medio de procesos artificiales y de leyes de amnistía, queden impunes crímenes que ofendan a toda la comunidad internacional".³⁵⁴

³⁴⁷ Jaime Lombana Villalba: "El principio de la complementariedad de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", en *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional. Debates, reflexiones y preguntas*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 109.

³⁴⁸ Véase la reciente solicitud conforme al art. 58 (7) del fiscal de la CPI en el caso Darfur: "Aunque las investigaciones en Sudán involucran a Ali Kushayb, ellas no se refieren a los mismos episodios o conducta que son objeto del presente caso ante la Corte. En consecuencia, el caso es admisible" (ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, La Haya, 27.2.2007, ICC-OTP-20070227-206-En (bastardilla agregada)).

³⁴⁹ Véase también Benzing (nota 104), p. 603. Sin embargo, una situación, consistente en varios casos, es referida a la Corte (art. 13); por lo tanto, en caso de "incapacidad" (*inability*) (art. 17 (3)) el efecto de un colapso del sistema de justicia nacional puede ir mucho más allá el caso específico y extenderse a la situación en su conjunto (cf. Morten Bergsmo, "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Art. 11-19)" (1998) 6 *Eur. J. Cr., Cr. L. & Cr. J.* 29, p. 43; Cárdenas (nota 47), pp. 130-131).

³⁵⁰ Benzing (nota 104), p. 601; contrariamente a Benzing esto también es pertinente respecto a la inactividad debida a un obstáculo procesal, dado que entonces una investigación no tiene lugar en absoluto, véase también abajo la nota 372 y el texto correspondiente. Véase también Seils y Wierda (nota 22), p. 6. Sobre la inactividad véase la opinión de Jan K. Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Nueva York: Oxford University Press, 2008), p. 105: "[...] este objetivo de procesamiento efectivo, y el propósito de poner término a la impunidad serían claramente minados de manera significativa si fueran inadmisibles los casos en los cuales los Estados permanezcan completamente inactivos". Además, "una inacción completa a nivel nacional permitiría a la CPI tomar un caso sin tener que entrar a analizar los criterios de admisibilidad del artículo 17 (1) (a) a (c)", p. 115.

³⁵¹ Benzing (nota 104), p. 600.

³⁵² Kristina Miskowiak: *The International Criminal Court: Consent, Complementary and Cooperation* (Copenhage: DJOF Publishing, 2000), p. 40. Indica la autora: "La Corte no debe ser un sustituto para procedimientos que los tribunales nacionales están obligados a llevar por sí mismos".

³⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004, del 20 de enero del 2003, en <http://www.coipe.org.pe/rj/bases/juris-nac/c-004.PDF> (visitado por última vez el 4 de octubre del 2008).

³⁵⁴ Lombana Villalba (nota 347).

Es importante observar, sin embargo, que un deber estatal de actuar frente a estos crímenes, en particular de perseguirlos (punto 8), no nació con el establecimiento de la CPI, sino que ya existía. Si bien la cuestión de la inactividad es de naturaleza *empírica*, el verdadero examen del artículo 17 —en caso de existencia de un proceso nacional— es esencialmente *normativo*, centrado en la calidad de los procesos y —vinculado íntimamente con esto— la falta de voluntad y la incapacidad del sistema interno en cuestión.³⁵⁵ Así, resumiendo, es posible decir que la "CPI solo actúa cuando los Estados no llevan a cabo procesos o no lo hacen debidamente".³⁵⁶ Desde el punto de vista del procedimiento, las solicitudes de inadmisibilidad pueden ser planteadas por el Estado interesado (artículos 18 (2) y 19 (2) (b), (c) del Estatuto de la CPI) o el acusado (artículo 19 (2) (a)).³⁵⁷

38. Una mirada más detenida del artículo 17 revela varios aspectos que deben distinguirse. Por un lado, la disposición distingue entre investigación y enjuiciamiento (artículo 17 (1) (a) y (b)) y un juicio ya terminado por un tribunal (artículo 17 (1) (c) con referencia al artículo 20 (3)). Por el otro lado, hay una distinción temporal en cuanto a la *etapa procesal* de la investigación: o la investigación (o el enjuiciamiento) está teniendo lugar actualmente (artículo 17 (1) (a)) o ella ya ha sido completada y ha sido tomada la correspondiente decisión de no perseguir (artículo 17 (1) (b)). Si, a su vez, la decisión de perseguir ha sido tomada y la persona ya ha sido juzgada, el estadio procesal es aún más avanzado y es aplicable el artículo 17 (1) (c). Independientemente de estos criterios temporales, los crímenes en cuestión deben ser de suficiente *gravedad* "para justificar la adopción de otras medidas por la Corte" (artículo 17 (1) (d)),³⁵⁸ esto es, a pesar de la gravedad de los crímenes de competencia de la CPI como tales, el artículo 17 (1) (d) establece por lo tanto un umbral *adicional*.³⁵⁹ En todo caso, la gravedad en el sentido

³⁵⁵ Para la misma distinción empírica y normativa Darryl Robinson, "Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006), 141, p. 142. Curiosa parece la opinión de la Cámara de Asuntos Preliminares en el caso *Lubanga* al indicar que "el caso sería inadmisibile solo en aquellos Estados con jurisdicción sobre él y que han permanecido inactivos en relación con aquel caso o están indispuestos o son incapaces". Con ello ha creado una tercera causal, que no está expresamente contemplada en el artículo 17. Para más detalles véase William A. Schabas: "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court" (setiembre 2008), 6 *JICJ* 731, p. 757 (en <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/4/731>).

³⁵⁶ Robinson (nota 355), p. 142; Cárdenas (nota 157), p. 115.

³⁵⁷ Véase también Stahn (nota 65) 698; para un análisis detallado véase El Zeidy (nota 73), pp. 906 ss.

³⁵⁸ Véase también el art. 53 (1) (b) y (2) (b).

³⁵⁹ Cf. PTC I, supra nota 337, par. 41: "[...] este umbral de gravedad es adicional a [...] los crímenes incluidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto [...]". Véase también OTP Activities Report, p. 6: "Aunque todo crimen que caiga dentro de la competencia de la Corte es un asunto grave, el Estatuto de Roma [...] claramente prevé y requiere una consideración adicional de "gravedad" [...]"; Moreno Ocampo Statement 2005, pp. 8-9: "[...] en nuestro Estatuto, gravedad no es solo una característica del crimen, sino también un factor de admisibilidad,

del artículo 17 (1) (d) es relevante en dos momentos diferentes del proceso³⁶⁰ y debe ser determinada caso por caso,³⁶¹ invocando como criterios la naturaleza y el impacto social de los crímenes (¿sistemático o a gran escala?), el modo de comisión (por ejemplo, una particular brutalidad o crueldad) y el estatus y el rol de los sospechosos (¿son ellos los más responsables según se menciona arriba?).³⁶² Dada la particular gravedad del crimen de genocidio y su específica exigencia de *mens rea*, puede sostenerse que un genocidio siempre alcanza el umbral de gravedad del artículo 17 (1) (d).³⁶³ Además, parecería que, teniendo en cuenta la magnitud de los otros delitos contemplados en el Estatuto de Roma, la aplicación de esta causal de inadmisibilidad debería tener escasa aplicación práctica.³⁶⁴

que parece reflejar el deseo de nuestros fundadores de que la CPI debería concentrarse en las situaciones más graves del mundo". Véase también Benzings (nota 104), pp. 619-620; Cárdenas (nota 47), pp. 90 ss.; Idem (nota 157), pp. 119-120; Mohamed M. El Zeidy: "The gravity threshold under the statute of the international criminal court" (2008), 19 CLF 35, p. 39; Williams y Schabas (nota 341), nota marginal 28, para una interpretación restringida Seibert-Fohr (nota 22), pp. 565 ss. Para un mayor acercamiento véase WCRO, "The gravity threshold of the International Criminal Court" (marzo 2008), en www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm, pp. 12 ss.; El Zeidy (ibidem), pp. 36 ss. Para Ohlin (nota 342), parece un término ambiguo la indicación de que: "No está claro qué tipo de umbral legal está establecido por el Estatuto de Roma para el término 'gravedad' en los artículos 17 y 53", p. 200.

³⁶⁰ En cuanto a la iniciación de la investigación de una situación y del o los casos que surgen de esta situación (PTC I, supra nota 337, par. 44). Véase también WCRO (nota 359) 21, pp. 25 ss.; pp. 29 ss.; El Zeidy (nota 359), p. 39.

³⁶¹ Cf. Cárdenas (nota 47), pp. 158, 176. Para un criterio de selección en los casos individuales véase WCRO (nota 359), pp. 25 ss., 29 ss.

³⁶² PTC I, supra nota 337, par. 42 ss. (46, 50-4, 63). Véase también OTP Activities Report, p. 6, refiriéndose a la escala y naturaleza de los crímenes, la manera de comisión y el impacto de los crímenes; crit. sobre el criterio social alarm El Zeidy (nota 359), p. 45 (*weird novelty*); además, se indica (p. 44) que estos factores son ilustrativos y no exclusivos. Crit. en cuanto a un enfoque cuantitativo Schabas (nota 22), pp. 28 ss.; Williams y Schabas (nota 341), nota marginal 28. El Zeidy (nota 73) 905; Cárdenas (nota 47), pp. 93 ss., concentrándose en la incumbencia internacional ("interés internacional", pp. 98, 100) de la cuestión. Para mayor abundamiento sobre tribunales ad-hoc véase WCRO (nota 359), pp. 37 ss, donde se recomienda un análisis "sufficiently flexible" (p. 42) tomando en cuenta circunstancias excepcionales, como "el impacto de las víctimas, la manera en la cual los crímenes fueron realizados y la vulnerabilidad de la población victimizada". Sobre la difícil relación entre la OTP (Office of The Prosecutor) y las cámaras en este punto véase El Zeidy (nota 359), pp. 51 ss.

³⁶³ Cf. Cárdenas (nota 47), p. 99; Idem, "The Admissibility Test before the International Criminal Court", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006) 239, p. 244. Idem: "The admissibility test before the international criminal court" (2006), en Werle (ed.): *Justice in transition-prosecution and amnesty in Germany and South Africa*, Berlín, 239, p. 244; idem: "Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen? Das Verhältnis der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu nationalen Gerichten" (2008), en Hankel (ed.): *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Hamburgo: HIS, 127, p. 38. Para la mayor gravedad del genocidio y crímenes vis à vis en contra de la humanidad, Schabas (nota 22), pp. 25 ss. Sobre el punto crit. respecto de la selección de la situación de la República Democrática del Congo y el rechazo de la comunicación iraquí, El Zeidy (nota 359), p. 40. Kleffner (nota 350) no ve imposible que "genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra" sean declarados inadmisibles por la CPI por falta de gravedad, p. 126.

³⁶⁴ Cárdenas (nota 157), p. 120.

39. En cuanto concierne a la concreta aplicación del artículo 17 sobre exenciones de persecución penal, es posible distinguir según el estadio procesal en el que intervienen estas exenciones. Si se toma por ejemplo una amnistía, en cuanto exención más importante, las únicas disposiciones aplicables parecen ser las letras (a) y (b) del artículo 17 (1). Como una amnistía impide una investigación (penal) o un enjuiciamiento penal,³⁶⁵ la letra (c) del artículo 17 (1) no es aplicable, dado que presupone más, a saber, que haya tenido lugar un juicio por un tribunal.³⁶⁶ De hecho, la letra (c) solo es aplicable a exenciones o suspensiones del castigo luego de la condena, en particular los indultos.³⁶⁷ Entonces surge la cuestión (empírica) de si el primer proceso obedeció "al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal" (artículo 17 (1) (c) en conexión con el artículo 20 (3) (a)).³⁶⁸ El artículo 17 (1) (a) presupone que el caso sea "objeto de una investigación o enjuiciamiento", esto es, para la inadmisibilidad es suficiente que una investigación o un enjuiciamiento esté teniendo lugar. Aunque estos requisitos son alternativos, no tiene mucho sentido separar la investigación del enjuiciamiento, o sea, examinar una investigación aislada, dado que, en cualquier caso, una vez que una investigación está terminada, debe tomarse la decisión de abrir el enjuiciamiento o no hacerlo. En otras palabras, aunque una investigación en el sentido de la letra (a) pueda bloquear la intervención de la CPI por cierto período (a saber, mientras el caso está siendo "investigado"), luego debe decidirse sobre la apertura del enjuiciamiento, y en ese preciso momento deviene aplicable el artículo 17 (1) (b).³⁶⁹ En cualquier caso, tanto en la letra (a) como en la (b), los criterios decisivos son la falta de voluntad y la incapacidad tal como definidas en el artículo 17 (2) y (3). Por consiguiente, para los requisitos de la investigación y el enjuiciamiento la distinción entre las letras (a) y (b) es de naturaleza meramente temporal. En suma, en la práctica, si un Estado "en su sabiduría soberana"³⁷⁰ decide no investigar y/o enjuiciar concediendo una amnistía, se aplica el artículo 17

³⁶⁵ Black's Law Dictionary, 8th ed. (West, St. Paul 2004), p. 93, sobre "amnistía".

³⁶⁶ Cf. Robinson (nota 32) 499; Cárdenas (nota 47), p. 160.

³⁶⁷ Black's Law Dictionary (nota 365) "indulto", p. 1144. Aunque en la práctica puede ser posible una "amnistía después de una condena" (Christine Van den Wyngaert y Tom Ongena, "Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty", en Cassese, Gaeta y Jones (nota 61) 705, pp. 726-727; Seibert-Fohr (nota 22), p. 565; Cárdenas (nota 47), p. 162), conceptualmente esto confunde amnistías e indultos.

³⁶⁸ Cf. Cárdenas (nota 47), pp. 162-163; sobre el art. 20 (3) en general véase también Cárdenas (nota 47), pp. 134 ss.; Scharf (nota 57), p. 525; Gavron (nota 65), p. 109; Benzings (nota 104), pp. 616 ss.

³⁶⁹ Este aspecto temporal aparentemente ha sido pasado por alto por Cárdenas (nota 47), pp. 159 ss. quien distingue de manera demasiado artificial entre investigación y enjuiciamiento y en consecuencia aplica el art. 17 (1) (a) de modo demasiado formalista a una amnistía.

³⁷⁰ Nsereko (nota 323), p. 119; críticamente El Zeidy (nota 73), pp. 942-943.

(1) (b) y deben cumplirse tres condiciones para hacer inadmisibles la intervención de la CPI:

- el Estado respectivo debe haber “investigado” el caso,
- debe haber tomado la decisión de “no abrir un enjuiciamiento” y
- esa decisión no debe resultar de la falta de voluntad o la incapacidad.³⁷¹

40. Respecto al requisito de que exista una investigación, la cuestión principal es si es necesaria una investigación penal por los respectivos órganos de justicia penal o si serían suficientes formas de investigación alternativas, incluso no judiciales, como las arriba mencionadas (puntos 12 ss.), en particular una CVR (efectiva).³⁷² Claramente, como mínimo, se requiere una investigación sistemática de los hechos y circunstancias del caso.³⁷³ Esta investigación debe ser llevada a cabo por órganos estatales; es decir, deben crearse órganos no judiciales, como una CVR, y estos órganos deben recibir el apoyo del Estado,³⁷⁴ dado que el deber de investigar y perseguir recae sobre el Estado (ver punto 7). Además, el tenor literal y el *telos* del artículo 17 indican que el *objetivo* de toda “investigación” es la persecución o adjudicación penal, a saber, “hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (artículo 17 (2) (b) y (c)).³⁷⁵ Aunque esto no excluya una investigación preliminar de una CVR con los respectivos poderes, y en efecto la letra del artículo 17 (1) (a) (“objeto de una investigación; *being investigated*”) deja espacio para dichas investigaciones alternativas,³⁷⁶ el objetivo último de estas debe

³⁷¹ Robinson (nota 32), p. 499; Stahn (nota 65), p. 710. Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 283-284.

³⁷² Esta cuestión es dejada abierta por Robinson (nota 32), pp. 499-500 pero su enfoque general flexible indica que comparte el “enfoque ligeramente más amplio” por él discutido; indeciso también Benzing (nota 104), p. 602.

³⁷³ Cárdenas (nota 47), p. 58; ídem (nota 157), pp. 117, 119. Robin Murphy, “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, (2006) 3 *Eyes on the ICC* 33, p. 44.

³⁷⁴ Véase también Cárdenas (nota 47), pp. 177, 183.

³⁷⁵ En este sentido también Gavron (nota 65), p. 111 sosteniendo que “llevar a alguien ante la justicia” ha de ser interpretado en un sentido jurídico y no en uno moral más amplio. Más estricto aún John T. Holmes, “The principle of complementarity”, en R. S. Lee (ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haya y Londres: Kluwer Law International, 1999), p. 41, p. 77 (“Las disposiciones del Estatuto sobre la complementariedad tienen la intención de referirse a investigaciones penales”).

³⁷⁶ Véase también Seibert-Fohr (nota 22), p. 569 y Stahn (nota 65), pp. 697, 711, que argumenta en contra de la exigencia de una investigación penal, dado que no está expresamente contenida en el art. 17. Para el mismo resultado Cárdenas (nota 47), pp. 58-59, 101; ídem (nota 157), p. 129. Demasiado restrictivo Jörg Meißner, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut* (Múnich: C. H. Beck, 2003), p. 76, que requiere investigaciones dentro del marco del proceso penal; también Wolfgang Schomburg y Jan Nemitz, en Wolfgang Schomburg, Otto Lagodny, Sabine Gleß y Thomas Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (Múnich: C. H. Beck, 2006), p. 1730, contra un efecto ascendente del *ne bis in idem* (hacia los tribunales internacionales).

ser siempre una persecución penal *stricto sensu*³⁷⁷ en la que se cumplan los requisitos fácticos y jurídicos de dicha persecución.³⁷⁸ A la vez, esto significa que investigaciones de naturaleza general sobre hechos pasados que no individualizan responsabilidad y, por consiguiente, que no pueden servir de base para una persecución o adjudicación penal no satisfacen el requisito de que exista una investigación del artículo 17. Del mismo modo, si una persecución posterior es bloqueada *a limine* por una amnistía (absoluta) —inaceptable de todos modos (puntos 24 ss.)—, el requisito de la investigación no se cumple y por lo tanto no tendría sentido contener a la CPI desde el punto de vista de la complementariedad.³⁷⁹

41. Esta interpretación es confirmada por el segundo requisito, la *decisión de abrir un enjuiciamiento*. Dicha decisión solo puede ser tomada si se ha llevado a cabo una investigación sustancial sobre hechos concretos y personas individuales. En otras palabras, una decisión de abrir un enjuiciamiento presupone una investigación penal o al menos una investigación individualizada, que la preceda y prepare.³⁸⁰ Claramente, *enjuiciamiento* refiere a un enjuiciamiento penal,³⁸¹ pero no se requiere enjuiciamiento en sí, sino solo la “decisión” de abrir un enjuiciamiento. Esto presupone que el órgano que tome esta decisión deba tener al menos dos opciones: abrir un enjuiciamiento o no hacerlo.³⁸²

42. En cuanto al tercer requisito —que no haya *falta de voluntad o incapacidad* para perseguir *genuinamente*—, los criterios están establecidos en el artículo 17 (2) y (3). Desde el punto de vista político, estos conceptos están destinados, en palabras del ex secretario general de la ONU Kofi Annan, “a asegurar que asesinos de masas y otros archicriminales no puedan refugiarse detrás de un Estado dirigido por ellos mismos o sus amigos, o sacar ventajas de una ruptura general de la ley y el orden”.³⁸³ Aunque esto pueda proporcionar una orientación general en cuanto al objetivo global de este requisi-

³⁷⁷ En este sentido también Seibert-Fohr (nota 22), p. 569, vincula la investigación al requisito del enjuiciamiento; también Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 287, sostienen que “procedimientos que no tienen la calidad de un procedimiento penal no pueden excluir el enjuiciamiento por la Corte” (bastardilla agregada); de manera similar, Cárdenas (nota 157), p. 137, hace hincapié en la necesidad de procesos penales luego de que haya terminado el trabajo de una CVR; concordantemente (modificando su posición anterior) Robinson (nota 349), pp. 144-145 (posibilidad de un enjuiciamiento penal luego de la investigación).

³⁷⁸ Véase también Stahn (nota 65), pp. 711-712.

³⁷⁹ Cf. Robinson (nota 355), p. 145; Cárdenas (nota 47), p. 159; aparentemente pasado por alto por Benzing, tal como citado en la nota 350. Mallinder (nota 66), p. 212.

³⁸⁰ Véase también Stahn (nota 65), p. 712.

³⁸¹ Cf. Cárdenas (nota 47), pp. 58, 101.

³⁸² Robinson (nota 32), p. 500; véase también Stahn (nota 47), p. 463.

³⁸³ Discurso en la Universidad de Witwatersrand (Sudáfrica), tal como citado en Villa-Vicencio (nota 22), p. 222.

to, un análisis más preciso y técnico plantea algunas cuestiones intrincadas. De acuerdo con el artículo 17 (2), la Corte “examinará [...] si se da una o varias de las siguientes circunstancias”; una interpretación literal y teleológica indica que se trata de una lista taxativa.³⁸⁴ Aunque estos criterios deban ser interpretados estrictamente, “teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías”,³⁸⁵ son altamente normativos y, como tales, abiertos a un juicio de valor. En cualquier caso, la distinción estructural entre falta de voluntad e incapacidad consiste en lo siguiente: mientras en el primer caso, en principio, se manipula políticamente un sistema judicial en funcionamiento para generar la impunidad de autores poderosos e influyentes, en el último tal sistema ni siquiera existe físicamente, ha colapsado de manera sustancial o no está disponible;³⁸⁶ por consiguiente, las disposiciones de exención concedidas en procesos de transición son más un problema de falta de voluntad que de incapacidad,³⁸⁷ al menos si se construye la “incapacidad” estrictamente en el sentido de falta de capacidad física o sustancial.³⁸⁸

³⁸⁴ John T. Holmes, “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en Cassese, Gaeta y Jones (nota 61) 667, 675; Meißner (nota 376), pp. 72-73; Benzing (nota 104), p. 606; Cárdenas (nota 47), p. 133; de otra opinión Robinson (nota 32), p. 500 sosteniendo que el término *consider* (en la versión castellana del Estatuto de Roma: “examinará”) supone que la Corte puede tomar en consideración otros factores; esto no es convincente, dado que cuando los proyectistas quisieron dejar abiertos los criterios, emplearon una formulación no ambigua, por ejemplo, “sin perjuicio de las demás circunstancias” (*in addition to other grounds*) (art. 31 Estatuto de la CPI), “entre otros” (*inter alia*) (art. 97) o “entre otros” (*including but not limited to*) (art. 90 (d)). En el mismo sentido Pichon (nota 343), p. 191; Williams-Schabas (nota 341), nota marginal 29.

³⁸⁵ Estos principios no pueden ser interpretados en el contexto del art. 17, en cuanto referidos a los derechos del acusado o de las víctimas, dado que la *ratio* del art. 17, como fue explicado arriba (punto 37), no es proteger estos derechos, sino evitar que se cree impunidad en razón de la falta de voluntad o incapacidad (para una buena discusión véase Benzing (nota 104), pp. 606 ss.).

³⁸⁶ Para un análisis general véase Benzing (nota 104), pp. 613 ss.; para una distinción similar Seils y Wierda (nota 22), p. 6; véase también Cárdenas (nota 47), pp. 138 ss. Para una propuesta concreta y un análisis de los criterios de incapacidad con respecto a la República Democrática del Congo véase Burke-White (nota 81), pp. 576 ss., quien sugiere (p. 576) cuatro criterios “para juzgar la efectividad de sistemas judiciales en Estados que están recuperándose de un colapso judicial total o sustancial”, a saber: disponibilidad de personal judicial experimentado e imparcial, una infraestructura jurídica viable, un derecho operativo adecuado y una suficiente capacidad policial. Para Mahnouch H. Arsanjani y W. Michael Reisman, “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality”, en Sadat y Scharf (eds.): *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honor of M. Cherif Bassiouni* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), capítulo 11, p. 329, la inhabilidad existe si “el sistema [...] está en incapacidad de obtener del acusado la evidencia y el testimonio necesarios o [es] de otra manera incapaz de realizar sus procedimientos”.

³⁸⁷ Cf. Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 282 ss.; Werle (nota 17) nm 193; Kreicker (nota 22), p. 305. Para un punto de vista diferente, Pichon (nota 343), p. 195, argumenta que “las amnistías tienen que ser incluidas en general bajo noción de la indisponibilidad, puesto que contradiría el propósito entero de una amnistía que esta pudiera ser levantada fácilmente en un caso concreto”.

³⁸⁸ Si, por otro lado, la incapacidad es interpretada de modo de incluir también a la indisponibilidad en el sentido de los derechos humanos, esto es, la falta de un remedio judicial efectivo (a favor de esta interpretación amplia, por ejemplo, Meißner (nota 376), p. 87, argumenta que una judicatura en funcionamiento existe, pero no puede ocuparse del caso particular por razones normativas o fácticas; también Benzing (nota 104), p. 614: “capacidad sobrecargada”), una medida de exención dentro del marco de la justicia de transición puede ser considerada como un indicador de indisponibilidad (en este sentido O’Shea (nota 261), p. 126, sostiene que la falta de persecución basada en una amnistía importaría una incapacidad de perseguir debido a la indisponi-

Así también lo entiende la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-578 del 2002) al examinar la expresión “por otras razones” contenida en el artículo 17-3, cuando indica que “se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio”.³⁸⁹ De este modo, “la incapacidad del Estado colombiano para administrar justicia se refiere al colapso total o sustancial de su aparato o a la ausencia de condiciones objetivas evidentes que le impiden llevar a cabo la investigación o el juicio por delitos que son de competencia de la CPI”.³⁹⁰

43. La *falta de voluntad* está demostrada, por ejemplo, si el proceso es realizado “con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal” (apartado 2 (a)). La noción de *propósito* sugiere una interpretación subjetiva en el sentido de un objetivo o intención específica del Estado de proteger al individuo responsable de la justicia (penal).³⁹¹ Esta intención constituye, al mismo tiempo, una expresión de mala fe del Estado en cuestión con respecto a la intención de llevar al responsable ante la justicia. En efecto, la *mala fide* es un aspecto central del test de la falta de voluntad.³⁹² Aunque una amnistía puede demostrar tal mala fe, esto no siempre y necesariamente es así.³⁹³ Imaginemos una situación en la cual un Estado persigue el objetivo superior de la paz y concede, de buena fe, una amnistía como medio necesario para lograr este fin superior; entonces no puede suponerse tal “propósito de mala fe”.³⁹⁴ Similarmente, si se reconoce el derecho a una transición pacífica, sería contradictorio sostener que la falta

del sistema judicial nacional; a favor de una incapacidad debida a una amnistía absoluta también Burke-White (nota 81), p. 582). Contra esta interpretación amplia, sin embargo, se pronuncia la versión castellana del Estatuto que en relación con la incapacidad alude a la falta de una judicatura nacional (“carece de ella”).

³⁸⁹ Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-578, del 30 de julio del 2002, en http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM (visitado por última vez el 10 de noviembre del 2008).

³⁹⁰ Documento de recomendaciones sobre el proyecto de Ley Estatutaria n.º 85 del 2003, Senado, denominado “de alternativa penal”, en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/ac.pdf> (visitado por última vez el 12 de diciembre del 2008), p. 18.

³⁹¹ Cárdenas (nota 47), pp. 115-116. Para Kleffner (nota 350), p. 135, el requisito del propósito “se asemeja a *dolus directus*”.

³⁹² Cárdenas (nota 47), p. 113.

³⁹³ A favor de este punto de vista estricto, sin embargo, Cárdenas (nota 47), pp. 117, 164, 183, 184; ídem (nota 157), p. 130. Véase al respecto resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*, del 14 de marzo del 2001, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf, p. 15: “[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía [...] 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”. Véase también la sentencia Corte Constitucional de Colombia C-578, del 30 de julio del 2002, en http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM, la que indica que el Estatuto de Roma no impide la concesión de amnistías que cumplan los estándares mínimos establecidos por el derecho internacional humanitario, salvo aquellas “que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia”.

³⁹⁴ Seibert-Fohr (nota 22), p. 570.

de voluntad de poner en riesgo esta transición demuestra falta de voluntad en el sentido del artículo 17.³⁹⁵ En suma, el hecho de que un efecto colateral seguro de una medida de exención sea la impunidad no es suficiente *per se* para calificar a esta medida como perseguidora de un propósito negativo global.³⁹⁶ En todo caso, si bien el subapartado (a) del artículo 17 (2) claramente exige una interpretación subjetiva, los subapartados (b) y (c) deben ser interpretados de manera más objetiva.³⁹⁷ Aunque la noción de *intención*, presente en ambos subapartados, normalmente tiene un significado subjetivo, debe ser leída en contexto, y este contexto, que refiere a criterios objetivos tales como “demora injustificada”,³⁹⁸ independencia e imparcialidad³⁹⁹ y las “circunstancias” supone una interpretación objetiva de conjunto. Por lo tanto, el término *genuinamente* (apartado (1) (a), (b))^{N del T} —la palabra menos objetable— fue insertado para dar al test de falta de voluntad/incapacidad un significado más concreto y objetivo⁴⁰⁰ y supone la buena fe y seriedad del Estado en cuestión en cuanto a la investigación o enjuiciamiento.⁴⁰¹ Sería difícil sostener, por ejemplo, que un Estado que opta por una CVR efectiva, teniendo en mente el objetivo supremo de la paz, actúa sin “genuina” voluntad.⁴⁰² Si la CVR, en caso de ser una *efectiva*, es independiente e imparcial, la afirmación de falta de voluntad incluso contradiría el apartado (2) (c), dado que la falta de voluntad presupone una falta de independencia e imparcialidad. Por lo tanto, si se defiende un concepto amplio

³⁹⁵ Véase, sin embargo, Gavron (nota 65), pp. 111-112.

³⁹⁶ Más estricto Cárdenas (nota 157), p. 131 que sostiene que la impunidad, como un “daño colateral” seguro, debe ser considerada parte del propósito.

³⁹⁷ Benzing (nota 104), p. 610.

³⁹⁸ A favor de una interpretación objetiva El Zeidy (nota 73), p. 901. Una demora “injustificada” requiere más que una demora “indebida” y por esta misma razón se ha preferido el primer término (Benzing (nota 104), pp. 610-611). El estándar general puede ser tomado de las reglas del debido proceso de los instrumentos de derechos humanos (ibidem), una demora puede ser “injustificada”, en particular si habría podido ser evitada si los órganos del Estado respectivo hubieran empleado el cuidado adecuado (cf. Cárdenas (nota 47), pp. 119-120). Kleffner (nota 350), p. 140: “Las justificaciones para un retardo dependen de las circunstancias específicas del caso en cuestión y no pueden ser determinadas en abstracto. Sin embargo, varios grupos de factores justificantes pueden ser identificados. Todos los órganos de derechos humanos convienen que uno de los factores relevantes es la complejidad (legal y efectiva) del caso”. Pichon (nota 343), p. 195, determina una demora en relación con procedimientos nacionales similares.

³⁹⁹ Aquí, otra vez (supra nota 385), debe observarse que el subapartado (c) solo se refiere a casos donde la falta de independencia e imparcialidad juega a favor del acusado y por tanto en los que ella conduciría a impunidad (cf. Benzing (nota 104), pp. 612-613; Pichon (nota 343), pp. 193, 194 y 196).

⁴⁰⁰ La versión oficial en lengua castellana del Estatuto de Roma no utiliza el concepto *genuinamente*, sino el de *realmente*. En el texto castellano, por otra parte, el término *realmente* se refiere exclusivamente al elemento de la incapacidad y no al de la falta de voluntad. El término *genuinely* de la versión en inglés se refiere a ambos elementos; El Zeidy (nota 342), p. 900. Para mayor abundamiento sobre el tema véase Kleffner (nota 350), pp. 114-116.

⁴⁰¹ Cf. Holmes (nota 375), p. 50; id (nota 384), p. 674; véase también El Zeidy (nota 73), p. 900; Cárdenas (nota 47), p. 110.

⁴⁰² Holmes (nota 384), p. 674; Benzing (nota 104) 605; Cárdenas (nota 47), p. 110.

⁴⁰³ Seibert-Fohr (nota 22), p. 570.

de justicia, como hace este autor (punto 2), un procedimiento cuasijudicial con la posibilidad de una sanción penal sería suficiente para satisfacer el “hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” del apartado (2) (b) y (c).⁴⁰³

Se debe recordar también que, aunque un Estado no tenga voluntad ni capacidad de seguir un proceso penal, el Estatuto de Roma en su artículo 53 (1) (c) establece la posibilidad de que el fiscal considere un asunto inadmisibile y desista de una investigación si “*existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia*”. Esta prerrogativa del fiscal debería exigir una serie de condiciones mínimas, a saber, “(1) que la decisión de no castigar penalmente a los responsables sea una decisión plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz; (2) que las violaciones cometidas hayan salido a la luz pública; que se hubiere reconocido plenamente la responsabilidad criminal de las personas vinculadas; que se hubieren producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones —incluso morales o simbólicas— efectivas; (3) que se demuestre la existencia de sistemas de reparación integral a las víctimas, diseñados y puestos en práctica con la amplia y efectiva participación de las víctimas y a los que hubieren concurrido de manera notoria los bienes y recursos de los responsables; (4) que se hubieren producido reformas institucionales integrales para garantizar la no-repetición y la prevención efectiva de las violaciones cometidas”.⁴⁰⁴

El artículo 17 (1) (c) declara inadmisibles aquellas denuncias presentadas ante la CPI que se refieren a casos ya enjuiciados bajo la jurisdicción del respectivo Estado. Esta norma debe ser leída conjuntamente con el artículo 20 (3) sobre el *ne bis in idem*. En consecuencia, si el proceso hubiese sido dirigido con miras a sustraer al acusado de su responsabilidad penal, la CPI recobra la competencia para conocer del asunto, haciendo inaplicable el *ne bis in idem*.⁴⁰⁵ Esta limitación solamente se explica por la garantía del derecho a la justicia que corresponde a las víctimas de los crímenes internacionales.⁴⁰⁶ Por lo tanto, el *ne bis in idem* se mantiene inalterable frente a la jurisprudencia de la propia CPI; esto es, no se puede volver a procesar por un mismo hecho a una misma persona que ya ha sido enjuiciada ante la CPI. En resumen, la relativización del *ne bis*

⁴⁰³ Stahn (nota 65), pp. 716, 719; véase también el *Expert paper complementarity*, par. 73: “alguna forma de castigo”.

⁴⁰⁴ Documento de recomendaciones sobre el proyecto de Ley Estatutaria n.º 85 (nota 390), p. 20.

⁴⁰⁵ El mismo criterio fue establecido en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y en el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

⁴⁰⁶ Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga: “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, n.º 1, 2006, p. 69.

idem se refiere a la actuación de la CPI frente a la jurisprudencia de los tribunales de los Estados parte, y es en definitiva la misma CPI la encargada de valorar si actúa o no ante un caso ya enjuiciado en la jurisdicción interna.⁴⁰⁷ En las jurisdicciones internas también se podría moderar el uso de los principios mencionados, pues si bien los Estados no deben juzgar a una persona más de una vez por el mismo hecho, ello sí sería posible si el juicio en cuestión se hubiera llevado a cabo con la finalidad de sustraer al sujeto de su responsabilidad o el proceso se hubiera conducido de manera impropia.⁴⁰⁸ En la misma línea argumenta la Corte Constitucional de Colombia al señalar que “en los casos de impunidad de violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, es posible reabrir investigaciones y juicios que hayan culminado con sentencia absolutoria de los responsables, si aparecen hechos o pruebas nuevos, no conocidos al momento del trámite del primer proceso”.⁴⁰⁹ Además, según la misma Corte, “esta posibilidad también existe cuando un organismo internacional de derechos humanos, formalmente aceptado por Colombia, constata un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [...], revisar las decisiones absolutorias nacionales que produjeron una situación de impunidad”.⁴¹⁰

Sobre el punto surge la interrogante siguiente: la disminución del quantum de las penas fijadas en la Ley de Justicia y Paz (esto es, un mínimo de cinco años y un máximo de ocho) podría implicar que los casos juzgados por los tribunales colombianos pudiesen ser considerados por la CPI como no legítimos, en virtud de algunas de las causales contempladas en el artículo 20 (3) del Estatuto. La Corte Constitucional de Colombia ha entendido que “una sentencia de cinco a ocho años pudiese ser considerada desproporionalmente baja cuando es aplicada a crímenes de seriedad como masacres”, pero ello no significa que dicha pena alternativa, en sí misma, represente una desproporción frente al derecho a la justicia.⁴¹¹ Por ello, a pesar de que las penas establecidas en la men-

⁴⁰⁷ Lombana Villalba (nota 347), p. 124. Ratificado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-695, del 28 de agosto del 2002; véase en http://caese.ccb.org.co/documentos/2005_9_21_15_1_10_s.c.605-2002.pdf (visitado por última vez el 9 de enero del 2009), número 14, donde dice: “[...] un indulto o amnistía concedido por delitos de competencia de la Corte no produce efectos frente a esta, porque al tenor del artículo 17 numeral 2, en estos casos se considera que el Estado no tiene la disposición para actuar frente a la comisión de ese delito”.

⁴⁰⁸ Chicago Principles on Post Conflict Justice (1.3. Prosecution: Prohibiting multiple trials for the same crime).

⁴⁰⁹ Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga (nota 406), p. 70.

⁴¹⁰ *Ibidem*. Para el caso colombiano véase también el artículo 8 de la ley 559 del 2000, que señala: “Prohibición de la doble incriminación. A nadie se podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”.

⁴¹¹ Peter Burbidge: “Justice and Peace? The Role of Law in Resolving Colombia’s Civil Conflict” (2008), 8 *International Criminal Law Review* (ICLR) 557, p. 581.

cionada ley son muy bajas con relación a las que corresponderían conforme a la legislación ordinaria, resulta poco probable que la cosa juzgada que emana de las sentencias promulgadas en virtud de la Ley de Justicia y Paz sea alterada por la CPI, a fin de que esta entre a conocer nuevamente del asunto. De este modo se privilegiaría la eterna necesidad de reincorporar a los sentenciados a la sociedad civil.⁴¹²

2.1.2. Escenarios posibles

44. El análisis precedente muestra que una medida de exención nacional (especialmente, una amnistía) no hace, en cuanto tal, inadmisibles un caso;⁴¹³ más bien, la admisibilidad depende de las condiciones y del contenido específico de la medida.⁴¹⁴ Pueden distinguirse cinco escenarios:

- una autoamnistía absoluta,
- una amnistía condicional con una CVR,
- una amnistía condicional sin una CVR,
- medidas que no llegan a ser plenas exenciones,
- exenciones ex post, en particular indultos.

45. Una *autoamnistía absoluta* (“modelo chileno”) estaría *a limine* en contra del espíritu y la *raison d'être* del Estatuto de la CPI.⁴¹⁵ No cumpliría ninguno de los requisitos del artículo 17 (1) (a) o (b):⁴¹⁶ no habría ni una investigación,⁴¹⁷ ni una decisión de abrir un enjuiciamiento, dado que la amnistía bloquearía cualquier investigación y, por consiguiente, la posibilidad de un enjuiciamiento. Además, como tal medida constitui-

⁴¹² *Ibidem*, p. 577.

⁴¹³ Conseil Constitutionnel francés, supra nota 266; concordantemente Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 282; para el mismo resultado también Seibert-Fohr (nota 22), pp. 571, 573, 586; Stahn (nota 65), pp. 709-710. Véase también Schlunk (nota 31), p. 260 quien sostiene que la complementariedad ha de ser interpretada en el sentido de permitir sistemas nacionales de solución del conflicto. Para un punto de vista más estricto Cárdenas (nota 157), pp. 129 ss.

⁴¹⁴ Véase Seibert-Fohr (nota 22), p. 564. El punto central de análisis no es la legalidad de una amnistía nacional, sino determinar si la CPI tiene jurisdicción sobre un caso determinado, lo que hace a través de la evaluación con respecto a las causales de inadmisibilidad indicadas en el artículo 17.

⁴¹⁵ Robinson (nota 32), p. 505; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 557-558.

⁴¹⁶ Robinson (nota 32), p. 501; Seibert-Fohr (nota 22), pp. 563 ss., 588; Stahn (nota 47), p. 461; Cárdenas (nota 47), p. 73, 159; *idem* (nota 157), p. 129; Werle (nota 18) nm. 215; ICTJ (nota 81), p. 10. Marieke Wierda y Thomas Unger: *The International Criminal Court and conflict mediation* (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005) pp. 278 ss.; Cárdenas (nota 363), p. 148.

⁴¹⁷ El Zeidy (nota 73), pp. 940, 942; Robinson (nota 32), p. 503; Seibert-Fohr (nota 22), p. 565; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 283. Véase también supra la nota 372 y el texto correspondiente.

ría “prima facie prueba de la falta de voluntad o incapacidad”,⁴¹⁸ podría ser interpretada como una “decisión [...] adoptada con el propósito de sustraer” a los beneficiarios de la amnistía en el sentido del artículo 17 (2) (a).⁴¹⁹

46. Más difícil es el caso de una *amnistía condicional con una CVR* (“modelo sudafricano”).⁴²⁰ Si se sigue la interpretación amplia de *investigación* aquí sugerida (punto 40), una investigación cuasijudicial por una CVR efectiva que cumpla los criterios arriba expuestos (punto 16) puede ser considerada una investigación en el sentido del primer requisito del artículo 17 (1) (b).⁴²¹ Si, además, la CVR tiene la opción de decidir a favor o en contra de la *persecución*, esto es, si posee el poder de denegar una amnistía (punto 40), sea porque los crímenes cometidos por la persona en cuestión son demasiado graves, sea porque su *performance* ante la Comisión y frente a las víctimas no es considerada satisfactoria o sea porque en razón de cualquier otra valoración razonable e independiente no se merece la medida de exención, el segundo requisito también está cumplido.⁴²² En cuanto al tercer requisito, el asunto es más complicado y la decisión última depende de las circunstancias de cada caso,⁴²³ con la debida consideración del test de proporcionalidad (puntos 19 ss.) y los criterios concernientes a las amnistías condicionales (punto 28) y a una CVR efectiva (punto 16).⁴²⁴ Si, por ejemplo, una CVR es independiente e imparcial, esto puede ser considerado —con base en una interpretación *a contrario* del artículo 17 (2) (c)— un indicio de la voluntad y, por lo tanto, un argumento en contra de la admisibilidad.⁴²⁵ Además, se podría diferenciar según la naturaleza de la decisión

⁴¹⁸ Dugard (nota 65), p. 1014; Dugard (nota 61), p. 702; Nsereko (nota 323), p. 119; *Expert paper complementarity*, par. 73 y anexo 4; para el mismo resultado en cuanto a Chile Gavron (nota 65), p. 113.

⁴¹⁹ Gavron (nota 65), p. 111; Robinson (nota 32), p. 501; Cárdenas (nota 47), pp. 159 ss.; Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 285.

⁴²⁰ Confuso Scharf (nota 57), p. 525 y Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 330 quienes sostienen, por un lado, que una comisión de la verdad constituye “una investigación genuina” y, por el otro, que la obligación de llevar a la persona ante la justicia puede requerir de un “proceso penal”. En contra de una intervención de la CPI el ex Secretario General de la ONU Kofi Annan afirmó que “Nadie debería imaginar que [el Estatuto de la CPI] sería aplicable a un caso como Sudafrica, donde el régimen y el conflicto que causaron los crímenes han llegado a un fin y las víctimas han heredado el poder” (Discurso en la Universidad de Witwatersrand, tal como citado en Villa-Vicencio (nota 22), p. 222). Murphy (nota 373), p. 49, llama a una “well-tailored truth commission, con iguales características que un proceso penal”. Para Cárdenas (nota 363), p. 155, el caso debe aún ser admisible ante la CPI.

⁴²¹ Robinson (nota 32), p. 501; Cárdenas (nota 157), p. 135. Jan Wouters, Sten Verhoeven y Bruno Demeyere: “The International Criminal Court’s Office of the Prosecutor: navigating between independence and accountability”, (2008), 8 ICLR 273, p. 293 de la versión original electrónica del estudio.

⁴²² Robinson (nota 32), p. 501.

⁴²³ De manera similar Werle (nota 17), p. 66 (nm 192); Cárdenas (nota 47), p. 179; ídem (nota 157), pp. 135-136; concordantemente Robinson (nota 355), p. 146.

⁴²⁴ Véase también Robinson (nota 32), pp. 501-502.

⁴²⁵ Véase también Cárdenas (nota 47), p. 179.

de amnistía:⁴²⁶ si esta es decidida individualmente, como en el caso sudafricano, cada decisión individual debe ser examinada a la luz del artículo 17 (2) y (3); si es decidida de manera general respecto de un número de personas y crímenes, la decisión es comparable a una amnistía (general) y como tal indica falta de voluntad, aunque la valoración final depende, como siempre, de las circunstancias del caso concreto.⁴²⁷ En suma, es posible concluir que una amnistía condicional con una CVR deriva en la inadmisibilidad del caso solo en supuestos excepcionales, a saber, solo si una CVR efectiva concede una amnistía individualmente y basada en ciertas condiciones estrictas.⁴²⁸

47. De la conclusión que precede se sigue, *a fortiori*, que una *amnistía condicional sin una CVR* difícilmente cumplirá los requisitos del artículo 17 (1) (b). En primer lugar, es difícil de imaginar un cumplimiento efectivo de las condiciones que acompañan a una amnistía sin una CVR efectiva. Es perfectamente posible, ciertamente, poner condiciones a una amnistía independientemente de la existencia de una CVR; por ejemplo, la completa confesión de los crímenes cometidos. Sin embargo, es más difícil hacer cumplir estas condiciones para órganos individuales del Estado; por ejemplo, un fiscal o un juez instructor, que no tienen apoyo de la población, los recursos y la legitimidad de una CVR efectiva. Aunque los requisitos de la investigación y de la decisión de abrir un enjuiciamiento pueden ser cumplidos incluso por dichos órganos individuales, si es que estos pueden llevar adelante una investigación (por ejemplo, para verificar una confesión) y tomar una decisión de abrir un enjuiciamiento en caso de que no se cumplan las condiciones (por ejemplo, si solo se dio una confesión parcial y/o falsa), la ausencia de una CVR efectiva priva al proceso del más importante elemento de justicia alternativa y esta ausencia no puede ser compensada con otros mecanismos alternativos (punto 17), al menos, si estos solo apuntan a las consecuencias, como, por ejemplo, sanciones no penales. De hecho, solo formas alternativas de justicia tradicional (no occidental) pueden ser comparadas a una CVR efectiva si gozan de amplia legitimidad y garantizan una adecuada participación y publicidad.

48. Otras *medidas* (colectivas) *que no llegan a ser plenas exenciones* —por ejemplo, una considerable atenuación (condicional) del castigo en el curso de un acuerdo

⁴²⁶ Véase Cárdenas (nota 47), p. 179.

⁴²⁷ Véase también Procuraduría General de la Nación: *Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, t. II, Bogotá D. C., 2006, p. 187, donde se sostiene la utilidad del uso de las amnistías, pero limitadas a la obtención de justicia por parte de las víctimas a través de un recurso efectivo.

⁴²⁸ En el mismo sentido, Chicago Principles (nota 408), 1.8 (Amnesty. Linking amnesty with accountability), en orden a que las amnistías solo pueden reducir la responsabilidad penal si no violan el derecho internacional y son necesarias para poner fin a un conflicto.

de paz— cumplen los requisitos del artículo 17 (1) (b). Si tomamos como ejemplo el “modelo colombiano”⁴²⁹ (*supra* punto 22), tanto el requisito de la investigación como el de la apertura de un enjuiciamiento están seguramente satisfechos, dado que la atenuación del castigo no excluye ni una investigación, ni un enjuiciamiento. Por el contrario, ciñéndonos a la letra de la ley, los beneficios allí contenidos dependen de la cooperación (“versión libre”) de los miembros de los grupos armados; si ellos no cumplen con sus obligaciones de cooperación, pueden ser sometidos, al menos teóricamente, a un proceso penal normal. Los procesos que se ejecuten al amparo de la Ley de Justicia y Paz deben, a través de la interacción de las diferentes cortes, perseguir un justo equilibrio entre todos ellos y, de ese modo, ser una “contribución a la verdad colectiva”.⁴³⁰ En cuanto al test de la falta de voluntad e incapacidad, el resultado depende de la seriedad del compromiso del gobierno, por un lado, hacia la paz como objetivo supremo del proceso y, por el otro, hacia la justicia para las víctimas en cuanto esta sea posible sin poner seriamente en peligro la paz. El compromiso del gobierno puede ser medido, *inter alia*, por la amplitud de la medida, esto es, si está planeada para alcanzar a todos los grupos involucrados en el conflicto o si privilegia a un grupo en particular y, por lo tanto, implica falta de voluntad respecto de este grupo.⁴³¹ En cuanto al test de proporcionalidad, la Corte Constitucional colombiana ha considerado a la ley proporcional y, por consiguiente, compatible con la Constitución siempre que se hagan ciertas mejoras en cuanto concierne a los derechos de las víctimas (*supra* punto 22). Desde una perspectiva puramente normativa este veredicto difícilmente pueda ser criticado; sin embargo, ello no exime al gobierno de hacer uso con más determinación de mecanismos alternativos de justicia, en particular, una CVR efectiva y sanciones no punitivas.⁴³² Sin tales mecanismos es difícil reconciliar ese proceso de desmovilización con el interés de justicia. Además, es difícil de imaginar que, especialmente sin una CVR efectiva, la práctica de tal proceso

⁴²⁹ Una visión muy crítica sobre la Ley de Justicia y Paz tiene Jeniffer Easterday, “Deciding the Fate of Complementarity: a Colombian Case Study”, http://works.bepress.com/jennifer_easterday/2/ (visitado por última vez el 9 de diciembre del 2008), quien ha llegado a señalar que dicha ley es una “pseudo-amnistía”, p. 24. Además sostiene que si la ley se analiza desde la perspectiva del art. 17 del Estatuto de Roma se genera una “coyuntura crítica para la CPI en el mantenimiento de su mandato”, p. 30. La autora es aún más crítica con la situación en Colombia; señala que este país “presenta una situación que demuestra cómo la impunidad puede aún reinar bajo el Estatuto de Roma”, p. 5.

⁴³⁰ Peter Burbidge (nota 411), p. 585.

⁴³¹ Véase también Stahn (nota 65), pp. 714-715.

⁴³² Véase *supra* el punto 20 incluidas las notas 215 y 216.

pueda estar a la altura de las pretensiones normativas que derivan del derecho nacional y/o internacional.⁴³³

49. También es imaginable que una investigación y un enjuiciamiento tengan lugar —esto es, que se cumplan los dos primeros requisitos del artículo 17 (1) (a) y (b)— pero que el caso sea posteriormente cerrado; o bien que la persona sea acusada pero luego absuelta, o que sea condenada pero luego (inmediatamente) indultada; o bien que la ejecución de la sentencia sea suspendida. En todos estos casos de *exenciones ex post*, la admisibilidad dependería del tercer requisito, esto es, o el juicio no fue “genuino” en el sentido del artículo 17 (1) (a), (b) y/o el proceso fue efectuado para sustraer a la persona de la responsabilidad penal (artículo 17 (2) (a)), y/o los procesos no fueron conducidos con la intención o en modo de llevar a la persona ante la justicia (artículo 17 (2) (b), (c)). En el caso de que haya tenido lugar un juicio completo ante un tribunal, sería aplicable el artículo 17 (1) (c) en conexión con el artículo 20 (3), pero esto solo conduciría —por vía del artículo 20 (3)— al mismo criterio de la falta de voluntad contenido en el artículo 17 (2) (a), (c),⁴³⁴ aunque desde una perspectiva diferente (“después del juicio”).⁴³⁵ De todos modos, es difícil de asumir en todos estos casos la admisibilidad del proceso ante la CPI, dado que esto presupondría un juicio de valor muy severo acerca del sistema nacional respectivo, a saber, que está actuando de mala fe para salvar a los autores de un castigo real.⁴³⁶ Cuanto más avanzado esté el proceso, tanto más difícil será el uso del argumento de la mala fe. En todo caso, este solo puede ser usado convincentemente si puede demostrarse una clara “intención de impunidad” en los órganos estatales responsables; ello no sería posible, por ejemplo, si hubo un cambio de régimen y el régimen que concede la exención es completamente diferente de aquel en el poder durante el juicio.⁴³⁷

⁴³³ Una opinión que quita importancia a las comisiones de verdad y reconciliación manifiesta José Arvelo: “International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process”, en http://findarticles.com/p/articles/mi_qa4140/is_200601/ai_n17176554/pg_24?tag=artBody;col1 (visitado por última vez el 15 de diciembre del 2008), para quien, dentro del balance justicia-paz que se persigue en Colombia, la cosa juzgada y el principio de complementariedad tienen mayor probabilidad de impedir la intervención de la CPI que una CVR, p. 24.

⁴³⁴ Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 285-286.

⁴³⁵ Sobre el art. 20 (3) (a) y (b) véase en particular Cárdenas (nota 47), pp. 138 ss.

⁴³⁶ Véase Holmes (nota 375), pp. 50, 77; El Zeidy (nota 73), p. 901.

⁴³⁷ Véase también William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2.ª ed. (Cambridge: CUP, 2004), p. 86; El Zeidy (nota 73), pp. 944-945.

2.2. Intervención del Consejo de Seguridad (artículo 16)

50. El artículo 16 autoriza al Consejo de Seguridad a suspender una investigación o enjuiciamiento con base en una resolución fundada en el capítulo VII de la Carta de la ONU, esto es, para prevenir una situación identificada como una amenaza o un quiebre de la paz (artículos 39, 40 Carta de la ONU). De este modo, el Consejo puede, con dicha decisión, darle validez internacional por un período limitado a un proceso de paz nacional con una amnistía u otra medida de exención;⁴³⁸ podría también aplazar un proceso que según el artículo 17 fuera considerado admisible.⁴³⁹ No debe pasarse por alto, sin embargo, que la decisión sigue siendo una decisión de *suspender* el procedimiento y como tal no puede interpretarse como una deferencia a la medida de exención nacional.⁴⁴⁰ Además, la CPI no estaría necesariamente obligada por tal decisión, pues ella no es parte del sistema de la ONU⁴⁴¹ y decide autónomamente sobre su jurisdicción, esto es, posee lo que se conoce como competencia-competencia (*Kompetenz-Kompetenz*)⁴⁴² (punto 34). Más importante: la Corte no puede ser forzada a aceptar una medida que eventualmente iría contra su deber de perseguir los crímenes internacionales que son parte de su jurisdicción en razón de la materia.⁴⁴³ Por todas estas razones, puede decirse que la Corte tiene el poder de reconsiderar *indirectamente* la decisión del Consejo.⁴⁴⁴

⁴³⁸ Véase Scharf (nota 57), pp. 523-524; Seibert-Fohr (nota 22), p. 583; Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), p. 329; Robinson (nota 32), p. 503; ss.enyonjo (nota 175), pp. 378 ss.; Gropengießer y Meissner (nota 61), pp. 288-289 incluso reconociendo que el Consejo de Seguridad pueda dictar amnistías directas de acuerdo en virtud del capítulo VII de la Carta de la ONU, las cuales serían vinculantes para la Corte (289 ss.). Críticamente Dugard (nota 65), p. 1014 quien sostiene que "es difícil contemplar una situación en la cual la negativa a reconocer una amnistía nacional pudiera constituir una amenaza a la paz internacional". HRW, 2005, pp. 7 ss. (8) quiere reservar el derecho de decidir si los "preocupaciones sobre un proceso de paz [...] prevalecen sobre los esfuerzos de persecución" exclusivamente al Consejo de Seguridad. Por otro lado, en el Memorandum 2007, p. 10, HRW "cree" que "sería inapropiada una suspensión por basada en el artículo 16 parte de la CPI de la investigación o enjuiciamiento de sospechosos del ERS".

⁴³⁹ Seibert-Fohr (nota 22), p. 589.

⁴⁴⁰ Véase sin embargo Scharf (nota 57), p. 522; convincentemente contra este punto de vista Gavron (nota 65) 109; Stahn (nota 65), pp. 698-699, 717. Véase también Seils y Wierda (nota 22), pp. 8-9: solo aplazar el proceso, no una amnistía de facto.

⁴⁴¹ Cf. el art. 4 (1) del Estatuto de la CPI y los arts. 48 (2) y 103 de la Carta de la ONU según los cuales las obligaciones emergentes de las resoluciones del Consejo de Seguridad están dirigidas únicamente a los miembros de la ONU (véase también Stahn (nota 65), p. 701 incluida la nota 19).

⁴⁴² Véase también Scharf (nota 57), p. 523; Stahn (nota 65), pp. 700-701 con otras referencias; contra este punto de vista Seibert-Fohr (nota 22), p. 584 quien concede al Consejo de Seguridad un "margen de apreciación"; para un punto de vista más amigable con el Consejo de Seguridad Benzling (nota 104), pp. 626-627, pero admitiendo que él no debe ignorar la competencia de la CPI con respecto a la complementariedad.

⁴⁴³ Véase también Scharf (nota 57), pp. 523-524; Seils y Wierda (nota 22), p. 9; Gropengießer y Meissner (nota 61), pp. 291-292 reconociendo que el mismo Consejo de Seguridad está vinculado por un eventual deber de perseguir crímenes internacionales; de manera similar Stahn (nota 65), p. 717.

⁴⁴⁴ Véase también Schabas (nota 437), p. 84; concordantemente El Zeidy (nota 73), p. 966.

2.3. El interés de justicia (artículo 53 (1) (c), (2) (c))

51. Hay una fuerte corriente en la doctrina que sostiene que la cláusula del interés de justicia en el artículo 53 (1) (c) y (2)(c) es la puerta de entrada más explícita en el Estatuto de la CPI para el reconocimiento de procesos alternativos de reconciliación nacional, incluida la concesión de una amnistía u otras medidas de exención.⁴⁴⁵ Otro punto de vista duda de que el artículo 53 proporcione la base jurídica apropiada para este escenario y sostiene que la cláusula del interés de justicia no prevé criterios adicionales que vayan más allá del artículo 17. Por consiguiente, se afirma que "difícilmente pueda sostenerse que la persecución no es en interés de la justicia" si el caso es admisible según el artículo 17.⁴⁴⁶ Otro punto de vista, aún más restrictivo, sostiene que el objeto y fin del Estatuto de la CPI (la lucha contra la impunidad) y el uso de la noción *interés de justicia* en otras disposiciones del Estatuto de la CPI y otros estatutos⁴⁴⁷ indican que una falta de investigación/enjuiciamiento no puede basarse en consideraciones de justicia de transición.⁴⁴⁸ Aunque los últimos puntos de vista merecen mucho crédito por tratar de reducir la amplia discreción judicial construida sobre la cláusula del interés de justicia (abajo punto 52) y una posible interferencia política, limitando el análisis jurídico a los criterios más precisos del artículo 17, ellos difícilmente puedan conciliarse con el texto del artículo 53 y la existencia misma de la cláusula del interés de justicia. Uno puede lamentarse, pero es claro que los proyectistas del Estatuto de la CPI quisieron dar al fiscal —debe reconocerse, sin lograr una definición unánime de *interés de justicia*—⁴⁴⁹ un instrumento adicional para ejercer esta discreción que vaya más allá del más bien "técnico" artículo 17.⁴⁵⁰ En efecto, podría haber situaciones que fueran consideradas admisibles según el artículo 17 y, por lo tanto, solo podrían ser sacadas de la CPI, si es que podrían,

⁴⁴⁵ Dugard (nota 65), p. 1014; Dugard (nota 61), p. 702; Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 656, 662; Robinson (nota 32), p. 486; Olásolo (nota 32), p. 111 refiriéndose a una CVR; Brubacher (nota 22), pp. 81-82 refiriéndose a procesos de reconciliación post-conflictuales; Seils y Wierda (nota 22), p. 12 ("importancia más directa a los mediadores"); Meyer (nota 178), p. 579; menos enfático Scharf (nota 57), p. 524.

⁴⁴⁶ Seibert-Fohr (nota 22), pp. 578 ss.

⁴⁴⁷ Véase HRW, 2005, p. 6, refiriéndose a los arts. 55 (2)(c), 61, 65, 67 del Estatuto de la CPI y (en la nota 17) a los estatutos de los tribunales penales internacionales anteriores donde la noción siempre fue entendida en el sentido de una administración de justicia leal (*fair*).

⁴⁴⁸ Véase HRW, 2005, pp. 4 ss., que afirma en los pp. 4-5 que "el fiscal no puede dejar de iniciar una investigación o decidir no proceder a la investigación a causa de esfuerzos nacionales, tales como comisiones de la verdad, amnistías nacionales o métodos de reconciliación tradicionales, o a causa de preocupaciones concernientes a un proceso de paz en curso [...]".

⁴⁴⁹ Cf. HRW, 2005, pp. 3-4, con otras referencias.

⁴⁵⁰ Olásolo (nota 22), pp. 135 ss., incluso sostiene que los proyectistas del Estatuto de la CPI, con la cláusula del interés de justicia, han concedido una discreción política ilimitada al fiscal "a través de la puerta de atrás", deshaciendo las elecciones políticas fundamentales de la lucha contra la impunidad del preámbulo" (p. 149).

recurriendo a la cláusula del interés de justicia. Tómese como ejemplo el escenario en que una CVR emprende una investigación que nunca puede conducir a un enjuiciamiento, dado que esta posibilidad está excluida por una amnistía. Dicha investigación por la CVR no se corresponde con el requisito de la investigación del artículo 17 (1) (b), porque la CVR no tiene una verdadera opción de decidirse a favor de un enjuiciamiento (puntos 40-41); es decir, el caso sería admisible y el único camino para evitar una interferencia con el trabajo en curso de la CVR —además de una intervención del Consejo de Seguridad (artículo 16)— sería recurrir a la cláusula del interés de justicia.⁴⁵¹

52. Claramente, se quiera o no, no hay otra cláusula en el Estatuto de la CPI que autorice tan explícitamente consideraciones políticas;⁴⁵² en particular, el artículo 15 solo prevé un test probatorio (“fundamento suficiente para abrir una investigación”), pero no implica un juicio de valor en cuanto a la adecuación de una amnistía.⁴⁵³ En todo caso, iría demasiado lejos construir la cláusula del interés de justicia en el sentido de que otorga una “discreción política ilimitada”⁴⁵⁴ en cuanto a una posible excepción de amnistía.⁴⁵⁵ Aunque pueda distinguirse entre el artículo 53 apartado 1 (c) y el apartado 2 (c), en cuanto el primero construye el “interés de justicia” como un criterio autónomo separado de los otros criterios (por ejemplo, gravedad del crimen) —esto es, como un elemento que “aun” teniendo en cuenta otros factores (apartado 1 (c)) puede conducir a una decisión de no investigar— y el apartado 2 (c) construye el “interés de justicia” como un elemento de las “circunstancias” del caso,⁴⁵⁶ esta distinción no convierte al

“interés de justicia” en un elemento completamente autónomo, sino que aún se refiere —extrínseca o intrínsecamente— a los criterios jurídicos mencionados, o sea, a la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad o enfermedad del presunto autor y el rol del autor en el presunto crimen (cf. apartados (1) (c) y (2) (c)).⁴⁵⁷ Estos criterios, a la vez, dejan en claro que el fiscal tiene que tomar una decisión fundada jurídicamente en cada caso individual y no puede solamente invocar consideraciones políticas generales por sí mismas; de otro modo, él podría, en efecto, “correr el riesgo de verse envuelto en la realización de juicios políticos que podrían, en última instancia, socavar su trabajo” —o, mejor dicho, su autoridad— y ser sometido “a enormes presiones políticas e intentos de manipulaciones por gobiernos y grupos rebeldes”.⁴⁵⁸ Por lo tanto, el fiscal tiene que tomar en consideración la situación jurídica y el debate sobre la admisibilidad de amnistías u otras medidas de exención en el curso de procesos de paz (puntos 7 ss., 23 ss.), pues está obligado por la *lex lata* internacional por vía del artículo 21 del Estatuto de la CPI.⁴⁵⁹ *Last but not least*, la posibilidad⁴⁶⁰ de una revisión judicial *proprio motu* por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) de una decisión de no perseguir basada en la falta de interés de justicia (artículo 53 (3)(b))⁴⁶¹ muestra claramente que el fiscal no tiene una discreción *irrestricta*; en efecto, aunque la SCP no debe reemplazar la discreción del fiscal por la suya, tiene confiada la revisión de la legalidad de la decisión del fiscal.⁴⁶²

53. La noción de *justicia* en la cláusula del interés de justicia ha de interpretarse en el mismo sentido amplio defendido a lo largo de este trabajo (punto 2). De este modo, la “justicia” no se centra solo en el caso mismo⁴⁶³ ni se limita a la justicia penal, sino que abarca formas alternativas de justicia (puntos 12 ss.) y supone una evaluación general de la situación tomando en consideración a la paz y la reconciliación como objetivos supremos de todo proceso de transición.⁴⁶⁴ La mayor parte de la doctrina, por ello, hace hincapié en la discreción del fiscal para lograr un equilibrio entre esos intereses; él decidirá caso por caso si la iniciación formal de una investigación (artículo

⁴⁵⁷ Para una muy útil elaboración de estos criterios sobre la base de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR véase HRW, 2005, pp. 16 ss., 23-24 y OTP, Policy paper interests of justice, pp. 4 ss.

⁴⁵⁸ HRW, 2005, p. 14.

⁴⁵⁹ Véase también Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 297; OTP (nota 457), pp. 8 ss.

⁴⁶⁰ La SCP no está obligada pero “puede” revisar la decisión del fiscal (art. 53 (3) (b)), véase también la regla 109 RRP que concede a la SCP un período de 180 días para decidir sobre la revisión.

⁴⁶¹ Véase también Robinson (nota 32), pp. 487-488; Brubacher (nota 22), pp. 86-87; Seils y Wierda (nota 22), p. 5; HRW, 2005, p. 4; Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 297-298; muy crítico sobre los mecanismos de revisión judicial Olásolo (nota 32), pp. 142-143.

⁴⁶² Cf. Gropengießer y Meißner (nota 61), pp. 299; OTP (nota 457), p. 3.

⁴⁶³ Gavron (nota 65), p. 110.

⁴⁶⁴ Véase también Goldstone y Fritz (nota 22), p. 662; Robinson (nota 32), p. 488; Meyer (nota 178), p. 579.

⁴⁵¹ Véase también Robinson (nota 355), p. 145.

⁴⁵² Cf. Arsanjani (nota 22), p. 67: “amplia gama de posibilidades”. Véase también Goldstone y Fritz (nota 22), pp. 662-663; Brubacher (nota 22), pp. 80 ss. (p. 81: “más amplio interés de la comunidad internacional”); Meyer (nota 178), p. 580. Chris Gallavin, “Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the interests of justice?” (2003), 14 KCLJ 179, p. 195, 197, traza una comparación con el criterio del “interés público”, en el derecho inglés y galés y sostiene que, aunque el fiscal debe ser independiente, al mismo tiempo debe ser conciente de las realidades políticas (sobre este paralelo véase también Brubacher (nota 22), p. 80, quien sostiene en la p. 95 que la “discreción [persecutoria] debe excluir políticas partidarias, pero no las políticas propias de un hombre de estado”, esto es, aquellas basadas en el interés público; Seils y Wierda (nota 22), p. 12).

⁴⁵³ Cf. Seibert-Fohr (nota 22), pp. 581-582 convincentemente en contra de Dugard (nota 65), p. 1014, quien sostiene que el fiscal puede abstenerse de proceder de conformidad al art. 15 a causa de la existencia de una amnistía nacional. Solo la reconsideración de un caso por el fiscal de acuerdo con el art. 15 (5) (véase también el art. 53 (4)) le confiere implícitamente discreción política (cf. Olásolo (nota 32), pp. 128 ss.).

⁴⁵⁴ Véase Olásolo (nota 32), pp. 110-111, 135 ss., especialmente p. 141, quien distingue (pp. 110-111) entre una discreción limitada en cuanto a los objetivos a ser alcanzados con la decisión persecutoria y una discreción ilimitada en cuanto a la conveniencia de una persecución con vistas a estos objetivos; Olásolo en sentido crítico concluye que la combinación da “el alcance más amplio posible a la discreción política”.

⁴⁵⁵ En el mismo sentido Stahn (nota 65), pp. 717-718.

⁴⁵⁶ Cf. Gallavin (nota 452), pp. 185 ss., quien distingue entre una interpretación externa/extrínseca y una interna/intrínseca con respecto al apartado 1 (c) y apartado 2 (c) del art. 53, y da al apartado 1 (c) precedencia sobre el apartado 2 (c) (p. 187). Para HRW, 2005, p. 19 el apartado 2 (c) concede una discreción más amplia que el apartado 1 (c).

53 (1)) o un enjuiciamiento (artículo 53 (2)), independientemente de la admisibilidad del caso, pondría en peligro el interés superior de justicia en sentido amplio.⁴⁶⁵ Sin embargo, no debe pasarse por alto que tomar en consideración las posibles consecuencias (negativas) de la persecución penal implica especular sobre hechos hipotéticos, futuros, y, por consiguiente, es una operación llena de inseguridades. Además, como sucede con el argumento similar de los peores abusos, el Estado es vulnerable a chantajes (punto 3). Asimismo, la noción de justicia, incluso en su sentido amplio, es difícil de conciliar con la total ausencia de justicia; por ejemplo, por deferencia a una medida de exención nacional sin mecanismos de compensación. En otras palabras, la cláusula del interés de justicia solo puede ser invocada si las razones que motivan que el fiscal se abstenga de una investigación o enjuiciamiento pueden ser realmente reconducidas o vinculadas al interés de justicia, esto es, si la abstención sirve realmente a este interés de justicia (en sentido amplio).⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ Véase por ejemplo Stahn (nota 65), p. 698, quien sostiene que la abstención de una persecución (inmediata) puede estar permitida si, de otro modo, la reconciliación sería seriamente puesta en peligro; o Gropengießer y Meißner (nota 61), p. 296, donde sostienen que es "posible suspender el castigo incluso de delitos graves a favor de intereses prioritarios superiores" (en sentido similar Van der Voort y Zwanenburg (nota 61), pp. 329-330) o p. 297, donde expresan que el fiscal toma "su propia decisión sobre la base de pronóstico y ponderación" (bastardilla en el original). Véase también OTP (nota 457) en donde se afirma, por un lado, que "la cuestión más amplia de la paz y seguridad internacionales no es responsabilidad del fiscal; ella cae dentro del mandato de otras instituciones" (p. 9) y, por el otro lado, se aprueba "completamente" "el rol complementario que pueden jugar las persecuciones domésticas, la búsqueda de la verdad, los programas de reparación, la reforma institucional y los mecanismos de justicia tradicional en búsqueda de una justicia más amplia" y se asegura que "todos los esfuerzos son tan complementarios como posible en el desarrollo de un enfoque amplio" (p. 8). En cuanto a consideraciones sobre el timing de las acusaciones véase ICTJ (nota 81), pp. 3 ss.

⁴⁶⁶ En contra de HRW, 2005, pp. 19-20, el interés de justicia de las víctimas no puede limitarse al interés en una persecución penal excluyendo a limine su posible interés en la paz, la reconciliación tradicional, etc. Tampoco es convincente aducir como un factor adicional a favor de la persecución penal el interés de las víctimas en la memoria, dado que este interés normalmente puede ser mejor preservado por una CVR.

LIBROS

- ALEX, Robert: *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985).
- AMBOS, Kai: *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen* (Friburgo: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1997) disponible en <www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/straf/s60.htm> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).
- *Impunidad y derecho penal internacional* (Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1997, y Medellín: Diké, 1997; 2.ª ed.: Buenos Aires: Ad Hoc, 1999).
- *Internationales Strafrecht* (Múnich: C. H. Beck, 2006).
- AMBOS, Kai, y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003).
- AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006).
- AMBOS, Kai, y Mohamed OTHMAN (eds.): *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia* (Friburgo: IUSCRIM, 2003).
- BASSIOUNI, Cherif: *International Criminal Law* (Ardsey: Transnational Publishers, 1999).
- *The Legislative History of the International Criminal Court*, Vol. 1 (Nueva York: Transnational Publishers, 2005).
- (ed.): *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002).
- BEHRENDT, Urs: *Die Verfolgung des Völkermords in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte* (Berlín: BWV, 2005).
- Black's Law Dictionary*, 8.ª ed. (St. Paul: West, 2004).
- BRENNER, Michael, Friedrich KLEIN, Hermann v. MANGOLDT y Christian STARCK: *Kommentar zum Grundgesetz*, 5.ª ed. (Múnich: Vahlen, 2005).
- BORAINÉ, Alex: *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission* (Oxford: OUP, 2001).
- CASSESE, Antonio: *International Criminal Law* (Oxford: OUP, 2003).

- CALVO-GOLLER, Karin N.: *The Trial Proceedings of the International Criminal Court* (Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006).
- CÁRDENAS, Claudia: *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005).
- CRYER, Robert, Hakan FRIMAN, Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMSHURST: *International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: CUP, 2007).
- EL ZEIDY, Mohamed M.: *The Principle of Complementary in International Criminal Law*.
- ESER, SIEBER y KREICKER (eds.): *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. I-VII (Friburgo: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2003-2006).
- FERDINANDUSSE, Ward: *Direct Application of International Criminal Law in National Courts* (La Haya: TMC Asser Press, 2006).
- FRANKEL, Marvin: *Out of the Shadows of the Night: The Struggle for International Human Rights* (Nueva York: Delacorte Press, 1989).
- FRANZINELLI, Mimmo: *L'Amnistia Togliatti* (Milán: Mondadori, 2006).
- HAYNER, Priscilla B.: *Unspeakable Truths* (Nueva York y Londres: Routledge, 2001).
- KANT, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* 1797.
- KLEFFNER, Jan K.: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdiction* (Nueva York: Oxford University Press, 2008).
- KLIP, André, y Göran SLUTTER (eds.): *Annotated Leading Cases Vol. IX, The Special Court for Sierra Leone 2003-2004* (Antwerp: Intersentia, 2006).
- KREICKER, Helmut: "Völkerstrafrecht im Ländervergleich", en ESER, SIEBER y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. VII (Berlín y Friburgo: Duncker & Humblot, 2006).
- KRITZ, Neil J. (ed.): *Transitional justice*. Volume I: *General Considerations*. Volume II: *Country studies*. Volume III: *Laws, Rulings and Reports* (Washington D.C.: US Institute of Peace Press, 1995).
- KIZA, Ernesto, Corene RATHGEBER y Holger-C. ROHNE: *Victims of war. An empirical study on war-victimization and victims' attitudes towards addressing atrocities* (Hamburger edition online, Hamburgo 2006) www.Hamburger-Edition.de (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).
- LOMBANA VILLALBA, Jaime: "El principio de la complementariedad de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", en *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional. Debates, reflexiones y preguntas* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006).

- MAY, Larry: *Crimes against Humanity* (Cambridge: CUP, 2005).
- MEISSNER, Jörg: *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut* (Múnich: C. H. Beck, 2003).
- MENZEL, Jörg, Tobias PIERLINGS y Jeannine HOFFMANN: *Völkerrechtsprechung* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2005).
- MISKOWIAK, Kristina: *The International Criminal Court: Consent, Complementary and Cooperation* (Copenhage: DJOF Publishing, 2000).
- MÖLLER, Christina: *Völkerstrafrecht und IStGH - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte* (Münster: LitV, 2003).
- MURPHY, Robin, "Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC", (2006) *3 Eyes on the ICC* 33, p. 44.
- OLÁSOLO, Héctor: *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003).
- *Origin, Development and Practice* (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008).
- SÁNCHEZ L., Ángel: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).
- O'SHEA, Andreas: *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (La Haya, Londres y Nueva York: Kluwer, 2002).
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMANN: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1987).
- SARKIN, Jeremy: *Carrots and sticks: TRC and the South African amnesty process* (Amberes y Oxford: Intersentia, 2004).
- SCHABAS, William A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2.^a ed. (Cambridge: CUP, 2004).
- SCHILLING, Sandrine: *Gegen das Vergessen* (Berna: Peter Lang, 2005).
- SCHLUNCK, Angelika: *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts* (Berlín: Berlin Verlag Spitz, 2000).
- SCHOMBURG, Wolfgang, Otto LAGODNY, Sabine GLESS y Thomas HACKNER: *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (Múnich: C. H. Beck, 2006).
- SMITH, William: *Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (Londres: John Murray, 1875); una versión electrónica se encuentra en el proyecto Ancient Library de

- la Universidad de Michigan: <www.ancientlibrary.com/smith-dgra/> (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007)
- OSIEL, Mark: *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (Nueva York, Nueva Brunswick y Nueva Jersey: Transaction Publishers, 1997).
- TEITEL, Ruti G.: *Transitional Justice* (Oxford: OUP, 2000).
- WERLE, Gerhard: *Principles of International Criminal Law* (La Haya: TMC Asser Press, 2005).
- *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006).
- *Völkerstrafrecht*, 2.ª ed. (Tubinga: Mohr Siebeck Verlag, 2007).
- WIERDA, Marieke, Unger, Thomas: *The International Criminal Court and conflict mediation* (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005).

ARTÍCULOS

- ABRAMS, Jason S., y Priscilla HAYNER: "Documenting, acknowledging and publicizing the truth", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 283-293.
- ABRAMS, Jason, y Madeline MORRIS: "Assessing the efforts to develop international principles or guidelines on accountability. Report of the Rapporteurs", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 345-348.
- AGUILAR, Paloma: "Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case", <<http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp>> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).
- AGYEMANG, Ken Attafuah: "An overview of Ghana's National Reconciliation Commission and its relationship with the courts" (2004), 15 *CLEJ*, 125-134.
- AMBOS, Kai: "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen" (1999), 37 *AVR*, 318-356.
- AMBOS, Kai, Guido RUEGENBERG y Jan WOISCHNIK: "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des 'Verschwindenlassens'? Rechtslage für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit" (1998), 25 *EuGRZ*, 468-479.

KAI AMBOS

- AMBOS, Kai, y Christian STEINER: "Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene" (2001), *JuS* 9-13.
- ARSANJANI, Mahnoush H.: "The International Criminal Court and national amnesty laws" (1999), *Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law*, 65-68.
- ARSANJANI, Mahnoush H., y W. Michael REISMAN: "The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality", en Sadat y Scharf (eds.): *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honor of M. Cherif Bassiouni* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), capítulo 11.
- ARVELO, José: "International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process", en <http://findarticles.com/p/articles/mi_qa4140/is_200601/ai_n17176554/pg_24?tag=artBody;col1> (visitado por última vez 15 de diciembre del 2008).
- BAINES, Erin K.: "The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda" (2007), 1 *IJTJ*, 91-114.
- BASSIOUNI, Cherif M.: "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 3-54.
- BELL, Christine: "The 'New Law' of Transitional Justice", <<http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp>> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).
- BENZING, Markus: "The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 591-632.
- BERGSMO, Morten: "The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Art. 11-19)" (1998), 6 *Eur.J.Cr., Cr.L. & Cr. J.*, 29-47.
- BICKFORD, Louis: "Transitional Justice", en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3 (Nueva York: Macmillan Reference, 2004).
- BOCK, Stefanie: "Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof", en (2007), 119 *ZStW*, 664-680.
- BOED, Roman: "An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 345-382.

- BOTERO M., Catalina, y Esteban RESTREPO S.: "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 19-65.
- BOTERO MARINO, Catalina, y Esteban RESTREPO S.: "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006).
- BROUNEUS, Karen: "Reconciliation and Development", <http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).
- BRUBACHER, Matthew R.: "Prosecutorial discretion within the International Criminal Court" (2004), 2 *JICJ*, 71-95.
- BURBIDGE, Peter: "Justice and Peace? The Role of Law in Resolving Colombia's Civil Conflict" (2008), 8 *ICLR*, 557-587.
- BUERGENTHAL, Thomas: "The United Nations Truth Commission for El Salvador", en N. KRITZ (ed.), *Transitional Justice. Volume 1* (Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995), 292-325.
- BURGESS, Patrick: "Justice and reconciliation in East Timor. The relationship between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts" (2004), 15 *CLF*, 135-158.
- BURKE-WHITE, William W.: "Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo" (2005), 18 *LJIL*, 557-590.
- BURKE-WHITE, William W.: "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice" (2008), 19 *CLF*, 59-85.
- CÁRDENAS, Claudia: "The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions", en KLEFFNER y KOR (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006), 115-139.
- "The Admissibility Test before the International Criminal Court", en Gerhard Werle (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 239-255.
- CÁRDENAS, Claudia: "Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen? Das Verhältnis der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu nationalen Gerichten", en HANKEL (ed.): *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht*

- und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts (Hamburg: HIS, 2008), 127-156.
- CASSEL, Douglas: "Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities" (1996), 59 *Law and Contemporary Problems*, 196-230.
- CASSESE, Antonio: "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections" (1999), 10 *EJIL*, 144-171.
- "The Special Court and international law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty" (2004), 2 *JICJ*, 1130-1140.
- CASSIN, Barbara: "Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example", (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 235-244.
- CHAPARRO A., Adolfo: "La función crítica del 'perdón sin soberanía' en procesos de justicia transicional", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 233-257.
- CLARK, Thomas Hethe: "The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the 'Interests of Justice': Striking a delicate balance" (2005), 4 *Washington University Global Studies Law Review*, 389-414.
- COLE, Elizabeth A.: "Transitional Justice and the Reform of History Education" (2007), 1 *IJTJ*, 115-137.
- CRETOL, Monique, y Anne-Marie LA ROSA: "The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 355-362.
- CROCKER, David A.: "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation" (2002), 5 *Buff.Crim.L.Rev.*, 509-549.
- DAMAŠKA, Mirijan: "Negotiating Justice in International Criminal Courts" (2004), 2 *JICJ*, 1018-1039.
- DARCY, Shane: "Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice" (2007), 20 *LJIL*, 377-404.
- DE BROUWER, Anne-Marie: "Reparation to Victims of Sexual Violence: Possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and Their Families" (2007), 20 *LJIL*, 207-237.
- DÍAZ, Catalina: "Colombia's Bid for Justice and Peace", <http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).
- DUGARD, John: "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en A. CASSESE, P. GEATA y J. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume I* (Oxford: OUP, 2002), 693-704.

- "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?" (1999), 12 *LJIL*, 1001-1015.
- DUGGAN, Colleen: "Prólogo", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), vii-xii.
- DURÁN PUENTES, Julián Andrés: "La importancia de una ley de lustración para el proceso de justicia transicional", 54 *Facetas Penales* (Bogotá: Leyer), 33-38.
- EASTERDAY, Jennifer: "Deciding the Fate of Complementarity: a Colombian Case Study", en http://works.bepress.com/jennifer_easterday/2/ (visitado por última vez el 9 de diciembre del 2008).
- EL ZEIDY, Mohamed M.: "The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court" (2008), 19 *CLF*, 35-57.
- "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law" (2002), 32 *Michigan Journal of International Law*, 869-975.
- FERNÁNDEZ, Lovell: "Post TRC Prosecutions in South Africa", en Gerhard WERLE (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 65-81.
- FILIPPINI, Leonardo, y Lisa MAGARRELL: "Instituciones de la justicia en transición y contexto político", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 143-168.
- FUCHS, Ruth: "A grandes odios, grandes perdones: Vergangenheitspolitik in Uruguay 1985-1986" (2007), 16 *Lateinamerika Analysen*, 35-67.
- GALLAVIN, Chris: "Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the interests of justice?" (2003), 14 *KCLJ*, 179-198.
- GAVRON, Jessica: "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court" (2002), 51 *ICLQ*, 91-117.
- GIL GIL, Alicia: "España", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 335-402.
- GONZÁLEZ, José Luis: "Uruguay", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 495-534.
- GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo: "The contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions" (2004), 15 *CLF*, 55-66.

- GOLDSTONE, Richard J., y Nicole FRITZ: "In the interests of justice and independent referral: The ICC Prosecutor's unprecedented powers" (2000), 13 *LJIL*, 655-667.
- GRAMMER, Christoph: "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones respecto de la desparición forzada", en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr16.pdf> (visitado por última vez el 4 de octubre del 2008).
- GROPENGIESSER, Helmut, y Jörg MEISSNER: "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court" (2005), 5 *ICLR*, 267-300.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Chile", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer; 2003), 163-200.
- HAFNER, Gerhard, Kristen BOON, Anne RÜBESAME y Jonathan HUSTON: "A Response to the American View as presented by Ruth Wedgwood" (1999), 10 *EJIL*, 108-113.
- HAVEL, Brian F.: "Public Law and the Construction of Collective Memory", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 383-397.
- HAYNER, Priscilla B.: "Recording the facts and the truth. Report of the Rapporteur", en Ch. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 215-219.
- "Truth commissions: a schematic overview" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 295-310.
- HAZAN, Pierre: "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating Transitional Justice" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 19-47.
- HOLMES John T.: "The principle of complementarity", en R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haya y Londres: Kluwer Law International, 1999), 41-78.
- "Complementarity: National Courts versus the ICC", en A. CASSESE, P. GAETA y J. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (Oxford: OUP, 2002), 667-686.
- HUNT, Tristram: "Whose Truth? Objective Truth and a Challenge for History" (2004), 15 *CLF*, 193-198.
- ICTJ, "Pursuing Justice in ongoing conflict: A Discussion of current Practice", <http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).

- IGREJA, Victor: "Gamba Spirits and the Homines Aperti: Socio-Cultural Approaches to Deal with Legacies of the Civil War in Gorongosa, Mozambique", <http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp> (visitada por última vez el 31 de octubre de 2007).
- IMBLEAU, Martin: "Initial truth establishment by transitional bodies and the fight against denial" (2004), 15 *CLF* 159-192.
- JELIN, Elizabeth: "Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America" (2007), 1 *IJTJ*, 138-156.
- JOYNER, Christopher C.: "Policy considerations on accountability, peace and justice. Report of the Rapporteur", en JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 37-43.
- KEMP, Susan: "The Inter-relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts" (2004), 15 *CLF* 67-103.
- KRITZ, Neil J.: "Progress and Humility: The Ongoing Search for Post-Conflict Justice", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 55-87.
- LERNER, Salomón: "Interview with Salomón Lerner" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 225-233.
- MALAMUD-GOTI, Jaime, "Transitional government in the breach: Why punish state criminals?", en N. KRITZ (ed.): *Transitional Justice. Volume 1* (Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995), 189-202.
- MALARINO, Ezequiel: "Argentina", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003), 35-81.
- MALLINDER, Louise: "Can amnesties and international justice be reconciled?" (2007), 1 *IJTJ*, 208-230.
- MATTAROLLO, Rodolfo: "Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence", en BASSIOUNI (ed.): *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 295-324.
- "The Transition to Democracy and Institution Building: The Case of Haiti", en BASSIOUNI, (ed.): *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 763-774.

- MATTIOLI, Géraldine, y Anneke VAN WOUDEBERG: "Global catalyst for national prosecutions? The ICC in the Democratic Republic of Congo", en Waddell y Clark (eds.): *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa*, *Royal African Society*, 2008, 55-64.
- MATWIJKIW, Anja: "A Philosophical Perspective on Rights, Accountability and Post-Conflict Justice: Setting up the Premises", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 155-199.
- MEINTJES, Garth: "Post-conflict justice issues: Restoring order and justice. Report of the Rapporteur", en JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 459-463.
- MÉNDEZ, Juan E.: "The right to truth", en Ch. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 255-278.
- "National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court" (2001), 15 *Ethics and International Affairs*, 25-44.
- MEYER, Frank: "Complementing Complementarity" (2006), 6 *ICLR*, 549-583.
- MORENO-OCAMPO, Luis: "Transitional justice in ongoing conflicts" (2007), 1 *IJTJ*, 8-9.
- MORRIS, Madeline: "Lacking a Leviathan: The Quandaries of Peace and Accountability", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 135-153.
- NADERY, Ahmad Nader, "Peace and Justice? Transitional Justice in Afghanistan" (2007), 1 *The International Journal of Transitional Justice*, 173-179.
- NAQVI, Yasmin: "The right to the truth in international law: fact or fiction?" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 245-273.
- NERLICH, Volker: "Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process", en Gerhard WERLE (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 55-63.
- NINO, Carlos S.: "The duty to punish past human rights abuses put into context: The case of Argentina" (1999), 100 *YLJ*, 2619-2640.
- NSEREKO, Daniel D. Ntanda: "The ICC: jurisdictional and related issues" (1999), 10 *CLF* 87-120.

- ODIO BENITO, Elizabeth: "Justice for peace: no to impunity", en Ch. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 149-153.
- OHLIN, Jens David: "Peace, Security and Prosecutorial discretion in the emerging practice of the International Criminal Court", en C. STAHN & G. SLUITER (eds.) (Brill - Martinus Nijhoff Publishers, en prensa).
- OLÁSOLO, Héctor: "The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?" (2003), 3 *ICLR*, 87-150.
- OLSON, Laura M.: "Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. Amnesties" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 275-294.
- OPOTOW, Susan: "Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconstruction", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 201-216.
- ORENTLICHER, Diane F.: "'Settling accounts' revisited: Reconciling global norms with local agency" (2007), 1 *IJTJ*, 10-22.
- OROZCO A., Iván: "Reflexiones impertinentes: Sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 171-209.
- OSIEL, Mark J.: "Why prosecute? Critics of punishment for mass atrocity" (2000), 22 *HRQ*, 118-147.
- PARENTI, Pablo: "Argentina", en K. AMBOS, E. MALARINO y J. WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006), 49-98.
- PEANNER, Toni: "Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 363-373.
- PICHON, Jakob: "The Principle of Complementarity in the Case of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court" (2008), 8 *ICLR*, 185-228.
- POOLE, Jennifer L.: "Post-Conflict Justice in Sierra Leone", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 563-592.
- POPKIN, Margaret: "The Salvadorean Truth Commission and the Search for Justice" (2004), 15 *CLF*, 105-124.

- POSNER, Eric A., y Adrian VERMEULE: "Transitional justice as ordinary justice" (2004), 117 *Harv.L.Rev.*, 761-825.
- RETTBERG, Angelika: "Reflexiones sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 1-15.
- ROBINSON, Darryl: "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court" (2003) 14 *EJIL* 481-505.
- "Comments on chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena", en Kleffner y Kor (eds.), *Complementary views on complementarity* (La Haya: Asser Press, 2006), 141-146.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi: "Truth Commissions as part of a social process: possible guidelines", en Ch. Joyner (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998* (Toulouse: Érès, 1998), 279-284.
- "Civil Society in Processes of Accountability", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 97-114.
- SALMÓN, Elizabeth G.: "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 327-353.
- SARKIN, Jeremy: "The Amnesty Hearings in South Africa Revisited", en Gerhard WERLE (ed.), *Justice in Transition - Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa* (Berlín: BWV, 2006), 43-53.
- SCHABAS, William: "A synergistic relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone" (2004), 15 *CLF*, 3-54.
- "Complementarity in practice: some Uncomplementary thoughts" (2008), 19 *CLF*, 5-33.
- "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court" (setiembre 2008), 6 *JICJ*, 731-761 (en internet, <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/4/731>).
- SCHARF, Michael: "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court" (1999), 32 *Cornell Int'l.L.J.*, 507-527.
- SCHARF, Michael, y Nigel RODLEY: "International Law Principles on Accountability", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 91-96.

- SCHIFF, Benjamin N.: "Do Truth Commissions promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 325-343.
- SCHWARTZ, Herman: "Lustration in Eastern Europe", en Neil KRITZ (ed.), *Transitional Justice. Volume 1* (Washington D.C.: U.S. Institute of Peace Press, 1995), 461-483.
- SEIBERT-FOHR, Anja: "The relevance of the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commissions" (2003), 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 553-590.
- SEILS, Paul: "The Limits of Truth Commissions in the Search for Justice: An Analysis of the Truth Commissions of El Salvador and Guatemala and Their Effect in Achieving Post-Conflict Justice", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 775-795.
- SIMON, Jan-Michael: "Criminal Accountability and Reconciliation", en Hans-Jörg ALBRECHT, Jan-Michael SIMON, Hasan REZAEI, Holger ROHNE y Ernesto KIZA, (eds.), *Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies - Between Tradition and Modernity* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006), 99-116.
- ŠIMONVIĆ, Ivan: "Dealing with the legacy of past war crimes and human rights abuses" (2004), 2 *JICJ*, 701-710.
- SRIRAM, Chandra Lekha, y Amy Ross: "Geographies of Crime and Justice: Contemporary Transitional Justice and the Creation of Zones of Impunity" (2007), 1 *IJTJ*, 45-65.
- SLYE, Ronald C.: "The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law: is a legitimate amnesty possible?" (2002), 43 *Virginia Journal of International Law*, 173-247.
- SOOKA, Yasmin: "Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability?" (2006), 88 *ICRC Int. Rev.*, 311-325.
- SSENYONJO, Manisuli: "The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?" (2007), 7 *ICLR*, 361-389.
- STAHN, Carsten: "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court" (2005), 3 *JICJ*, 695-720.
- "The geometry of transitional justice: choices of institutional design" (2005), 18 *LJIL*, 425-466.

- "Complementarity: a tale of two notions" (2008), 19 *CLF*, 87-113.
- STAHN, Carsten, Héctor OLASOLO y Kate GIBSON: "Participation of Victims in the Pre-Trial Proceedings of the ICC" (2006), 4 *JICJ*, 219-238.
- THEIDON, Kimberly: "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia" (2007), 1 *IJTJ*, 66-90.
- TOMUSCHAT, Christian: "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals", en H. J. CREMER (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Steinberger* (Berlín: Springer, 2002), 315-329.
- TORPEY, John: "Making whole what has been smashed: Reflections on Reparations", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 217-242.
- TUTU, Desmond M.: "Reflections on Moral Accountability" (2007), 1 *IJTJ*, 6-7.
- UPRIMNY, Rodrigo, y María Paula SAFFON: "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en A. RETTBERG (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (Bogotá: Uniandes, 2005), 211-232.
- UVIN, Peter, y Charles MIRENKO: "Western and local approaches to justice in Rwanda" (2003), 9 *Global Governance*, 219-231.
- VANDERMEERSCH, Damien: "Droit belge", en Antonio CASSESE y Mireille DELMAS-MARTY, (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (París: PUF, 2002), 89-97.
- VAN DER VOORT, Karlijn, y Marten ZWANENBURG: "From 'raison d'État' to 'état de droit international' - Amnesties and the French implementation of the Rome Statute" (2001), 1 *ICLR*, 315-342.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine, y Tom ONGENA: "Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty", en A. CASSESE, P. GAETA y J. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (Oxford: OUP, 2002), 705-729.
- VAN ZYL, Paul: "Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission's Contribution to Justice in Post-Apartheid South Africa", en BASSIOUNI (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 745-762.
- VILLA-VINCENCIO, Charles: "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet" (2000), 49 *Emory Law Journal*, 205-222.
- WILLIAMS, Paul: "Non-criminal civil and political measures for combating impunity for international crimes. Report of the Rapporteur", en Ch. JOYNER (ed.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rig-*

- hts: proceedings of the Siracusa conference 17-21 September 1998 (Toulouse: Eres, 1998), 287-294.
- "The Role of Justice in Peace Negotiations", en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 115-133.
- WILLIAMS, Paul, y William SCHABAS: "Issues of Admissibility", en TRIFFTERER (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Múnich: C. H. Beck - Hart-Nomos, 2.ª ed., 2008), Art. 17, 605-625.
- WOUTERS, Jan, Sten VERHOEVEN y Bruno DEMEYERE: "The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability" (2008), 8 *ICLR*, 273-318.
- YOUNG, Gwen K.: "Amnesty and accountability" (2002), 35 *U.C. Davis L. Rev.*, 427-482.
- ZALAQUETT, José: "Balancing ethical imperatives and political constraints: The dilemma of new democracies confronting past human rights violations" (1992), 43 *Hastings Law Journal*, 1425-1438.
- "Confronting Human Rights Violations committed by former governments: Principles applicable and political constraints", en ASPEN INSTITUTE, *States Crimes: Punishment or Pardon?* (Colorado: Aspen Institute, Wye Center, 1989), 3-31.
- ZOLO, Danilo: "Peace through Criminal Law?" (2004), 2 *JICJ*, 727-734.

DOCUMENTOS DE LA ONU⁴⁶⁷

- Commission of Human Rights, *Question of enforced disappearance*, E/CN.4/RES/1994/39, 4.3.1994.
- Guidelines for United Nations Representatives on Certain Aspects of Negotiations for Conflict Resolution*. Documento interno, sin fecha (citado como *Guidelines Negotiations*).
- Human Rights Committee, *General Comment 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment* (Article 7) (Forty-fourth session, 1992), 10 March 1992 (citado como *HRC, General Comment 20*).
- Human Rights Committee, *General Comment 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, adopted on 29 March 2004*

⁴⁶⁷ Una útil compilación de los documentos de la ONU sobre justicia de transición puede encontrarse en: Bassiouni (nota 10), pp. 399-424.

KAI AMBOS

- (2187th meeting), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.5.2004 (citado como *HRC, General Comment 31*).
- International Centre for Transitional Justice, *UN Guidelines Meeting*, June 9-10, 2005 (citado como *ICTJ-guidelines*).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Making Peace our own- Victims' Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda*, 2007 <http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf> (visitada por última vez el 4 de octubre de 2007; citado como *Making Peace our own*).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-law tools for post-conflict states. Prosecution initiatives*, New York & Geneva 2006 (citado como *Office of the UN High Commissioner for Human Rights Report*).
- Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone*, S/2000/915, 4 October 2000.
- UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *The administration of justice and the human rights of detainees: The question of impunity for perpetrators of human rights violations*, Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997 (citado como *Joinet report*).
- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law*, Annex to UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, Civil and Political Rights Including the Question of Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity. *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Final Report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33 (citado como "Basic Principles Victims").
- UN Department of Peace Keeping Operations, *Principles and Guidelines, Disarmament, Demobilization and Reintegration of Ex-Combatants in a Peacekeeping Environment*, New York: 1999 (citado como *UN Department of Peace Keeping Operations*).
- UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights. Impunity*. Note by the Secretary General, Commission on Human Rights, 60th session, E/CN.4/2004/88, 27 February 2004 (citado como *UN-ECOSOC, Impunity*, 27.2.2004).

UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights – Impunity*. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, 61st session, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005 (citado como “Orentlicher impunity principles”).

UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights – Impunity*, Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, 61st session, E/CN.4/2005/102, 18 February 2005 (citado como *Orentlicher impunity commentary*).

UN Security Council, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Report of the Secretary-General, S/2004/616, 23 August 2004 (citado como *Report Secretary General transitional justice*).

DOCUMENTOS DE LA CPI

Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007, <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf> (visitada por última vez el 29 de octubre de 2007, citado como *Policy paper interests of justice*).

Office of the Prosecutor, *Informal expert paper: the principle of complementarity in practice*, 2003 (citado como *Expert paper complementarity*).

Office of the Prosecutor, *Report on Prosecutorial Strategy*, The Hague, 14.09.2006, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Prosecutorial-Strategy-20060914_English.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Report on Prosecutorial Strategy*).

Office of the Prosecutor, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003 - June 2006)*, The Hague, 12 September 2006, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_3-year-report-20060914_English.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *OTP Activities Report*).

Office of the Prosecutor, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, The Hague, ICC-OTP 2003, September 2003, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *OTP Policy paper*).

KAI AMBOS

Office of the Prosecutor, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593* (2005), The Hague, 14.12.2006, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_English.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *OTP Fourth Report*).

Report of the PrepCom on the Establishment of the ICC (1996), UN-GAOR 51st session, Supplement 22 (A/51/22), vol. I.

Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court: Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, New York, 24.10.2005, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_20051024_English.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Moreno-Ocampo Statement 2005*).

Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court: Fifth session of the Assembly of States Parties, Opening Remarks, The Hague, 24.11.2006, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/LMO_20061123_en.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Moreno-Ocampo Statement 2006a*).

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), Office of the Prosecutor, The Hague, 14.12.2006, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/LMO_20061214_en.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007; citado como *Moreno-Ocampo Statement 2006b*).

SENTENCIAS

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004, del 20 de enero del 2003, en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/c-004.PDF> (visitado por última vez el 4 de octubre del 2008).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-578, del 30 de julio del 2002, en http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM (visitado por última vez el 10 de noviembre del 2008).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-695, del 28 de agosto del 2002, en http://caese.ccb.org.co/documentos/2005_9_21_15_1_10_s_c-605-2002.pdf (visitado por última vez el 9 de enero del 2009).

OTROS DOCUMENTOS E INFORMES

- 3B *Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission* (GPL Press, Ghana: 2004) 1-520 (citado como *Sierra Leone TRC Report*).
- BASSIOUNI et al., "Proposed guiding principles for combating impunity for international crimes", reimpreso en Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsey y Nueva York: Transnational Publishers, 2002), 255-282 (citado como *Principles combating impunity*).
- Chicago Principles on Post Conflict Justice (International Human Rights Law Institute, EUA, 2007).
- DEBIEL, Tobias, y Ulf TERLINDEN, "Promoting Good Governance in Post-Conflict Societies", Discussion Paper (GTZ, Eschborn 2005), 1-54.
- Documento de recomendaciones sobre el proyecto de Ley Estatutaria n.º 85 del 2003, Senado, denominado "de alternatividad penal", en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/ac.pdf> (visitado por última vez el 12 de diciembre del 2008).
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Memorandum: Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders*, May 2007, <http://hrw.org/backgrounders/ij/icc0507/icc0507web.pdf> (visitada por última vez el 9 de noviembre de 2007; citado como *HRW Memorandum 2007*).
- *Policy paper: The meaning of "the interests of justice" in Art. 53 of the Rome Statute*, June 2005 (citado como *HRW 2005*).
- ICTJ AND HUMAN RIGHTS CENTER, University of Berkeley, California, *Forgotten voices: A population-based survey on attitudes about peace and justice in Northern Uganda* (2005) (citado como *ICTJ/Human Rights Center, 2005*).
- MALLINDER, Louise, "Exploring the practice of states in introducing amnesties", Study submitted for the International Conference *Building a Future on Peace and Justice*, Núremberg, 25-27 June 2007 (en curso de publicación, citado como *Mallinder study*).
- MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS SWEDEN, *Stockholm Initiative on Demobilisation, Disarmament and Reintegration. Final Report*. March 2006, disponible en www.sweden.gov.se/sb/d/4890 (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción, t. II, Bogotá D. C., 2006.
- SEILS, Paul, y Marieka WIERDA, *The International Criminal Court and conflict mediation* (Nueva York: International Center for Transitional Justice, 2005), 1-20 www.ictj.org/images/content/1/1/119.pdf (visitada por última vez el 2 de mayo de 2007).

- War CRIMES RESEARCH OFFICE: "The gravity threshold of the International Criminal Court (Marzo 2008), en http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm (visitado por última vez el 23 de octubre del 2008).
- Whose Justice? Perceptions of Uganda's amnesty act 2000: the potential for conflict resolution and long term reconciliation*, Refugee Law Project Working Paper 15, February 2005 (citado como *Refugee Law Working Paper 2005*).

LISTA DE CASOS

- Abdülamet Yaman vs. Turkey* [2 November 2004] Judgement, Application 32446/96 [2004] ECHR 572 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
- Acevedo-Jaramillo et al. vs. Perú* [7 de febrero de 2006] sentencia, Series C n.º 144 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Aguado-Alfaro et al. vs. Perú (Caso de los trabajadores cesados del Congreso)* [24 de noviembre de 2006] sentencia, Series C n.º 158 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Aksoy vs. Turkey* [18 December 1996] Judgement, 21987/93 [1996] ECHR 68 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
- Almonacid-Arellano et al. vs. Chile*, [26 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Aydın vs. Turkey* [25 September 1997] Judgment, 23178/94 [1997] ECHR 75 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
- AZAPO et al. vs. The President et al.* [25 July 1996] Case CCT 17/96 (Corte Constitucional de Sudáfrica).
- Baldeón-García vs. Perú* [6 de abril de 2006] sentencia, Series C n.º 147 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Bámaca-Velásquez vs. Guatemala* [25 de noviembre de 2000] sentencia, Series C n.º 70 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Barrios Altos vs. Perú* [14 de marzo de 2001] sentencia, C Series n.º 75 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Blanco-Romero et al. vs. Venezuela* [28 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 138 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

- Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro (Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)* [26 February 2007] Judgement (Corte Internacional de Justicia).
- Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* [22 de noviembre de 2004] sentencia, C Series n.º 117 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* [29 de marzo de 2006] sentencia, Series C n.º 146 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* [17 de junio de 2005] sentencia, Series C n.º 125 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Comunidad Moiwana vs. Suriname* [15 de junio de 2005] sentencia, Series C n.º 124 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Chanfeau et al. vs. Chile* [7 de abril de 1998] Informe n.º 25/98 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos).
- Detta Josefina, Menotti Noris, Martinez Federico, Muso Osiris, Burgell Jorge - Denuncia - Inconstitucionalidad de la Ley 15.848, art. 1, 2, 3 y 4* (Ficha 112/87) [2 de mayo de 1988] Sentencia n.º 184 (Corte Suprema chilena).
- Ellacuría et al. vs. El Salvador* [22 de diciembre de 1999] Informe n.º 136/99 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos).
- Erdölbevorratung* [16 März 1971] BVerfGE 30, 292 (Corte Constitucional alemana).
- Esposito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa* [23 de diciembre de 2004] sentencia (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, 5668.
- García-Asto y Ramírez-Rojas vs. Perú* [25 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 137 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Goiburú et al. vs. Paraguay* [22 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 153 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Gómez-Palomino vs. Perú* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 136 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- González José Luis en Representación de Juan Gelman - Inconstitucionalidad* (Ficha 90-10462/2002) [15 de noviembre de 2004] Sentencia n.º 332 (Suprema Corte de Justicia uruguaya).
- Gustavo Gallón Giraldo y otros* [18 de mayo de 2006] Sentencia C-370/2006, Expediente D-6032 (Corte Constitucional colombiana).

- Hugh Jordan vs. UK* [4 May 2001] Judgement, 24746/94 [2001] ECHR 327 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
- Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* [7 de junio de 2003] sentencia, Series C n.º 187 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Kurt vs. Turkey* 825 May 1998] Judgement, 24276/94 [1998] ECHR 44 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
- La Cantuta vs. Perú* [29 de noviembre de 2006] sentencia, Series C n.º 162 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- López-Álvarez vs. Honduras* [1 de febrero de 2006] sentencia, Series C n.º 141, 207 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Masacre de Ituango vs. Colombia* [1 de julio de 2006] sentencia, Series C (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Masacre de la Rochela vs. Colombia* [11 de mayo de 2007] sentencia, Series C n.º 163 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Masacre de Mapiripán vs. Colombia* [15 de septiembre de 2005] sentencia, Series C n.º 134 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* [31 de enero de 2006] sentencia, Series C n.º 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, M. 2333. XLII. y otros. [13 de julio de 2007] sentencia (Corte Suprema argentina).
- Miguel Ángel Cotreras Sandoval* [17 de noviembre de 2004] sentencia (Corte Suprema chilena).
- Montero-Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela* [5 de julio de 2006] sentencia, Series C n.º 150, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana* [8 de septiembre de 2005] sentencia, Series C n.º 130 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Palamara-Iribarne vs. Chile* [22 de noviembre de 2005] sentencia, Series C n.º 135 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Pedro Enrique Poblete Córdova* [9 de septiembre de 1998] sentencia, rol n.º 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago (Corte Suprema chilena) en *Gaceta Jurídica* 219, 122.
- Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú* [25 de noviembre de 2006] sentencia, Series C n.º 160 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Prosecutor vs. Deric* [30 March 2004] Sentencing Judgement, Case IT-02-61-S (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Prosecutor vs. Furundzija [10 December 1998] Judgement, IT-95-17/1-T (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Prosecutor vs. Kallon and Kamara [13 March 2004] App. Decision, SCSL-2004-15AR72(E) and CSCSL-2004-16 AR72(E) (Corte Especial para Sierra Leona).

Prosecutor vs. Norman, Decision on the request by the TRC of Sierra Leone to Conduct a Public Hearing with Samuel Hinga Norman [29 October 2003] Case SCSL-2003-08-PT (Corte Especial para Sierra Leona).

Prosecutor vs. Tadic [2 October 1995] App. Decision, IT-94-1-AR 72 (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo [24 February 2006] Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (Corte Penal Internacional).

Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. causa N 17.768 [14 de junio de 2005] sentencia (Corte Suprema argentina) en: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 328, 2056.

Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa N 259 [24 de agosto de 2004] sentencia (Corte Suprema argentina) en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 327, 3312.

Romero y Galdámez vs. El Salvador [13 de abril de 2000] Informe 37/00 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Secuestro de Ricardo Riosco Montoya y Luis Cotal Alvarez [4 de agosto de 2005] sentencia (Corte Suprema chilena).

Selçuk and Asker vs. Turkey [24 April 1998] Judgement, 23184/94, 23185/94 [1998] ECHR 36 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Selmouni vs. France [28 July 1999] Judgement, 25803/94 [1999] ECHR 66 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Servellón-García et al. vs. Honduras [21 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 152 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Vargas-Areco vs. Paraguay [26 de septiembre de 2006] sentencia, Series C n.º 155 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Veldsquez-Rodríguez vs. Honduras [29 de julio de 1988] sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Villegas Namuche [9 de diciembre de 2004] Expediente 2488-2002-HC/TC (Corte Constitucional peruana).

Ximenes-Lopes vs. Brasil [4 de julio de 2006] sentencia, Series C n.º 149 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

19 Comerciantes vs. Colombia [5 de julio de 2004] sentencia, Series C n.º 109 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).