El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc[1].

Francisco Cortés Rodas
Universidad de Antioquia (Medellín)

Recibido: 04-01-13
Aprobado: 17-02-13

Resumen

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

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

Abstract

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

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

[1] Este artículo hace parte del proyecto de investigación: "Los fundamentos normativos de la democracia y el problema de la representación política", aprobado por el Centro de Investigación de la Universidad de Antioquia CODI.

Introducción

El inicio público de las conversaciones entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las Farc en Oslo, el 18 de octubre de 2012, permitió ver que el proceso va a ser duro y difícil. Las Farc, una organización que ha luchado por más de medio siglo, afirmó que está allí para buscar un cambio profundo en la organización de la economía, el Estado y las fuerzas armadas; para crear las condiciones que permitan superar la miseria y la pobreza de la mayoría de la población, y para transformar las estructuras institucionales que hagan viable en el futuro la lucha política democrática. El vocero de las Farc en los diálogos Iván Márquez aseveró además que los guerrilleros no se someterán a la justicia transicional, como mecanismo para buscar fórmulas que permitan el ingreso de las Farc a la vida democrática. Dijo en su discurso: "No somos causa sino respuesta a la violencia del Estado que es quien debe someterse a un marco jurídico para que responda por sus atrocidades y crímenes de lesa humanidad. […] Somos luchadores revolucionarios que hemos ejercido el derecho universal a la rebelión".

Por su parte el vocero del gobierno, el exministro Humberto de la Calle, habló de las formas, los límites y los procedimientos de las conversaciones; dijo que no estaba en discusión el modelo de desarrollo, la doctrina militar, la inversión extranjera y los aspectos sustantivos de la Constitución de 1991. Y señaló que en las fases siguientes de la discusión se ceñirán al "Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", compuesto por cinco puntos: desarrollo agrario, inclusión política, narcotráfico, víctimas y dejación de las armas en función de la terminación de la guerra.

Duro y difícil es no sólo el punto de partida, sino también, con seguridad toda la negociación. Salir de la guerra hacia la paz no puede ser un proceso fácil, de un día para otro, sin consecuencias jurídicas, económicas y políticas para una sociedad. Voy a considerar en este artículo un problema muy complejo que tienen estas conversaciones de paz: el procesamiento de los miembros de las Farc por violaciones de los derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.[2]

De un lado, el gobierno ha creado un "marco jurídico para la paz"[3] en el

[2] En el reporte provisional titulado "Situación en Colombia" divulgado por la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional se afirma que las Farc, así como el Eln y los paramilitares, han sido responsables de crímenes de lesa humanidad como ataques contra la población civil, asesinatos, desplazamiento forzado, secuestros, torturas y delitos sexuales. Y de crímenes de guerra, como torturas y tratos crueles, toma de rehenes, violación y otras formas de violencia sexual y reclutamiento de menores de edad para participar en hostilidades.

[3] Acto Legislativo Número 01 DE 2012, (julio 31). Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Sinopsis: El proyecto determina que los instrumentos de justicia transicional tendrán como finalidad prevalente la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera,

que se contemplan una serie de condiciones para la negociación en el contexto de la justicia transicional, construidas en el marco de los parámetros de la justicia internacional y de los derechos humanos. Parece ser que el gobierno es muy consciente del hecho de que no puede ir a una mesa de negociación portando en una mano la espada de la justicia retributiva y el cerrojo de los calabozos, y en la otra la bandera de la paz. Da la impresión que el actual gobierno sabe muy bien que los costos de la guerra hoy son mayores que los costos de la paz. Y uno de los costos de la paz que la sociedad colombiana tendría que asumir, en el contexto del Marco Legal para la Paz, es aceptar la demanda de la insurgencia de no pagar cárcel por la dejación de armas. Esto significa en términos jurídicos el perdón jurídico de los crímenes internacionales (genocidio, crimen de lesa humanidad y crimen de guerra) que hayan sido cometidos por miembros de las Farc. ¿Pero es esto posible política y jurídicamente a nivel interno y a nivel internacional?

Jean Egeland, enviado especial de la ONU para Colombia entre los años 1999 y 2002, y estuvo presente en los diálogos de paz del Caguán, dijo: "Los delitos atroces y crímenes de guerra en Colombia no pueden quedar en la impunidad tras el proceso de paz"[4]. José Miguel Vivanco, en nombre de Human Rights Watch, cuestionó cualquier forma de arreglo que se haga con las Farc porque implicaría niveles de impunidad muy altos y beneficios para los actores armados. En la medida en que las Farc han cometido innumerables y terribles atrocidades, "crear un marco jurídico para la paz significaría condonarlas, explícita o implícitamente"[5]. Rodrigo Uprimny escribió: "Las Farc deben responder por las víctimas de sus crímenes de guerra, incluso si suponemos que su rebelión ha tenido alguna justificación"[6]. Kai Ambos, profesor de derecho internacional penal de la Universidad de Göttingen, aseveró: "Las Farc deben entender que la amnistía total es imposible. La Corte Interamericana de Derechos

garantizando la seguridad de todos los colombianos. Para ello, propone las siguientes medidas que tendrán un carácter excepcional.

1. Con el fin de hacer efectiva la investigación de los procesos de justicia y paz, la ley establece la posibilidad de clasificar y priorizar los distintos delitos para que la Rama Judicial se concentre en la investigación y sanción de quienes tuvieron la mayor responsabilidad en la ocurrencia de los hechos más graves. La ley podrá diseñar instrumentos de justicia transicional de carácter no judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción de quienes tuvieron menor responsabilidad.

2. Se podrán establecer criterios de priorización y selección de casos para ser juzgados por medio de mecanismos judiciales o no judiciales. El Gobierno Nacional será el encargado de presentar al Congreso los proyectos de ley que determinen dichos criterios.

3. El legislador podrá ordenar la renuncia a la persecución penal de los casos que no sean seleccionados o priorizados. Cuando esto ocurra, se debe ordenar la aplicación de mecanismos colectivos y no judiciales de investigación y sanción.

4. Cuando por iniciativa del Gobierno Nacional, así lo disponga el Legislador por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara, los miembros de grupos armados al margen de la ley que se desmovilicen podrán acceder a cargos de elección popular y ser designados como servidores públicos.

[4] Fuente: *El Espectador*, sept. 2 de 2012.

[5] Fuente: Caracol Radio, oct. 16. de 2012.

[6] En su columna dominical de *El Espectador*, oct. 28 de 2012.

Humanos no lo permitiría. La Corte Penal Internacional no lo permitiría y, quizás, algunos Estados no lo permitan. Las Farc deben estar dispuestas a dar algo, a aceptar sus crímenes y responder con algo"[7].

La tesis de la imposibilidad de la amnistía o del perdón jurídico de los crímenes internacionales de las Farc, representada por razones morales y humanitarias por miembros de organizaciones nacionales e internacionales defensoras de los derechos humanos, es también defendida localmente, con otras razones, por algunos políticos de la derecha como Álvaro Uribe, Fernando Londoño y José Obdulio Gaviria, ciertos periodistas y algunos militares retirados. Esta tesis tiene el siguiente corolario: la única alternativa es continuar la guerra hasta eliminar al enemigo, es decir, hasta la victoria militar de las fuerzas armadas. El problema de esta alternativa es que no permite sacar al país del ciclo de la violencia. Desde el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán hasta la muerte de Alfonso Cano son más de tres generaciones en guerra y el desenlace no parece cercano.

Si la tesis de la imposibilidad de la amnistía en la que coinciden hoy en Colombia algunas organizaciones defensoras de los derechos humanos y la derecha llegare a ser planteada en la mesa de negociaciones, se afectarían las probabilidades de la paz. Les puede parecer la paz demasiado costosa a los miembros de un grupo rebelde como las FARC, que se autodefinen como una fuerza beligerante y como una organización política revolucionaria, si en las conversaciones se plantee no sólo el rechazo a su postulación a cargos de elección popular y a ser designados como servidores públicos, sino también la necesidad de su sometimiento a tribunales nacionales o internacionales. Preferirán seguir en la guerra a aceptar unas condiciones en los diálogos que sean absolutamente contrarias a sus intereses.

De estas consideraciones se puede concluir que lo real es que, como ha sucedido en otros procesos de paz, la perspectiva de la paz nos pone frente a la cuadratura del círculo. La sociedad colombiana no sabe muy bien qué es más acertado: si los costos de la guerra o los costos de la paz. El gobierno, al buscar y proponer las conversaciones de paz, parte de la consideración según la cual los costos de la guerra hoy son mayores que los costos de la paz. Pero no toda la sociedad lo acompaña. La sociedad, orientada mediáticamente por las prédicas de la derecha, toma distancia del gobierno a partir de la idea de que los costos de la paz son mayores que los de la guerra. Algunas de las más destacadas organizaciones defensoras de los derechos humanos, nacionales e internacionales, han afirmado, primero, que los crímenes de las Farc deben ser castigados con la dureza que corresponde a los crímenes internacionales. Y segundo, al exigir estas organizaciones el juzgamiento de los autores de crímenes internacionales en el marco de la justicia penal internacional se ponen en el terreno de la moral y la defensa sin pretextos de las víctimas. Esto conduce a negar toda posibilidad de una negociación con las Farc que incluya cualquier forma de amnistía.

[7] Fuente: *El Espectador*, nov. 21 de 2012.

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

Primer contexto normativo: El derecho internacional penal

Las transformaciones en el derecho internacional que han hecho posible sancionar la responsabilidad penal de los individuos por los crímenes más graves del derecho internacional, han estado determinadas, de un lado, por el progresivo debilitamiento del paradigma estatista centrado en la primacía de la soberanía estatal frente a los derechos humanos y, de otro lado, por el progresivo fortalecimiento del paradigma cosmopolita centrado en la primacía del individuo y los derechos humanos frente a los imperativos de la soberanía estatal[8].

El argumento del estatismo es que la realización de la justicia y el aseguramiento de los derechos humanos solamente son posibles bajo la condición de la soberanía estatal[9]. Este argumento es originalmente de Hobbes. La tesis central del *Leviatán* supone que la obediencia y el respeto a los pactos descansan en el temor al poder del Estado[10]. El soberano solo reproduce la situación de lucha de los hombres en el estado de naturaleza y adopta la lógica de la disuasión mediante la amenaza de castigos desarrollada para éste. Esto ocurre tanto en lo que se refiere a la política interior como a la política exterior. En la argumentación

[8] Francisco Cortés – Felipe Piedrahita, *De Westfalia a cosmópolis*. Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de Antioquia, 2011. Estas transformaciones en el derecho internacional se han dado desde el fin de la segunda gran guerra con la creación de la ONU, la formulación de la Carta de las Naciones Unidas, la entrada en vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y de otra serie de normas y estatutos, hasta la creación de la Corte Penal Internacional basada en el Estatuto de Roma.

[9] Thomas Nagel, "The Problem of Global Justice", en: *Philosophy & Public Affairs,* 33, No. 2, 2005, p. 115.

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

del paradigma estatista resulta posible para los individuos instaurar una autoridad común para superar el problema del estado de naturaleza, pero esta perspectiva está negada para los Estados. Todos los Estados son soberanos. El principio de la soberanía de los Estados no se puede unificar con una autoridad supraestatal. Esto se traduce en que la paz se basa en un Estado que intimida en lo interno mediante la amenaza de castigos, que disuade en lo externo mediante su desafiante poder económico y militar, que niega que puedan plantearse criterios de justicia para definir las relaciones entre los Estados y que rechaza que sus connacionales puedan ser juzgados por tribunales distintos a los nacionales.

El Estado soberano, que reclama el monopolio de la represión penal, tiende por esto a proteger a sus nacionales aun cuando transgredan valores fundamentales de la comunidad o cometan crímenes contra la humanidad. La tesis sobre los derechos humanos del estatismo dice que los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de sus propios ciudadanos, pero no tienen responsabilidades frente a ciudadanos de otros Estados. De un lado, establece que los derechos humanos son universales. La universalidad inherente a los derechos humanos expresa un ideal universalista de igual respeto para todos los seres humanos. Pero, de otro lado, se determina que los Estados tienen la primera responsabilidad en la protección de los derechos humanos de sus propios ciudadanos. Esto tiene como consecuencia el rechazo a la intromisión de otro Estado o de la comunidad internacional, ya sea la intervención por razones humanitarias en una guerra civil o la intervención para el posible juzgamiento de sus nacionales[11].

De otro lado, el paradigma del cosmopolitismo parte de considerar a los hombres como ciudadanos del mundo. Según el cosmopolitismo todos los hombres deben ser considerados como ciudadanos de uno y el mismo mundo moral[12]. El cosmopolitismo interpreta ese mundo con el término del reino de la libertad y la igualdad[13]. Este reino es un mundo moral cosmopolita en el que todos los seres racionales pueden vivir en libertad, igualdad y solidaridad, como ciudadanos de una comunidad moral en la que ellos, de común acuerdo, se dan sus propias leyes. Según el cosmopolitismo esa comunidad moral es una comunidad de iguales. Esto significa que todos son ciudadanos del mundo y que todos deben entenderse y tratarse a sí mismos como tales. El cosmopolitismo tiene además un concepto robusto de los derechos humanos, a saber, de aquellos derechos que no están vinculados a la pertenencia a una determinada nacionalidad, sino que corresponden a los hombres en tanto hombres.

[11] Charles Beitz, *The idea of human Rights,* Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, cap. 2.

[12] Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten,* Werke in zwölf Bänden, Edit. W. Weischedel, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, Vol. VIII (Cito conforme a la edición en castellano: *La Metafísica de las Costumbres,* Técnos, Madrid, 1989).

[13] Pauline Kleingeld, "Weltbürger im eigenen Land. Über Patriotismus und Kosmopolitismus", en: *Kosmopolitismus. Zur Geschichte und Zukunft eines umstrittenen Ideals*, Lutz-Bachmann, M., Niederberger, A., Schink, P., Göttingen, Velbrück Wissenschaft, 2010, p. 228.

Del núcleo del argumento del cosmopolitismo deriva la idea conforme a la cual las demandas de justicia provienen de la igual consideración o de un deber de equidad que nosotros le debemos, en principio, a todos los seres humanos y que éstos son sujetos al mismo conjunto de leyes morales. Las instituciones a las cuales podrán aplicarse los principios de justicia son instrumentos para el cumplimiento de tal deber[14]. De esto se sigue, como una exigencia de realización de los derechos humanos, de un lado, el progresivo desmantelamiento del actual sistema internacional basado en los Estados y en el principio de la soberanía y, de otro lado, la creación de instituciones internacionales orientadas al cumplimiento de los derechos humanos: las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, la Convención Europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y cerca de otros doce[15].

La concepción cosmopolita de los derechos humanos propone respetar los derechos humanos de todas las personas y no simplemente de los propios ciudadanos. Los derechos humanos se focalizan en áreas de gran injusticia. Como estándares mínimos ellos esperan ser respaldados por medio de razones muy bien fundamentadas de apelación universal para ser considerados como de alta prioridad y para resistir las pretensiones de autonomía nacional y cultural[16].

Si se consideran en este contexto, de un lado, las transformaciones que se han dado al interior de las Naciones Unidas con la introducción de la doctrina de la Responsabilidad de Proteger en la cual se plantea un nuevo concepto de soberanía definido en función de las responsabilidades del Estado de proteger a su población[17], y, de otro lado, si se tienen en cuenta los procesos que llevaron al establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI)[18] y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[19] con el fin de juzgar las violaciones masivas de los derechos humanos, se puede ver en qué sentido se ha dado un progresivo fortalecimiento del paradigma cosmopolita centrado en los derechos humanos.

---

[14] Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights*, Oxford, Polity Press, 2002.

[15] James Nickel, *Making Sense of Human Rights*, Malden, Blackwell Publishing, 2007.

[16] Cristina Lafont, *Global Governance and Human Rights. Can a practical conception of human rights offer any guidance to the human rights project?* Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Filosofía Política: Justicia Global, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2011.

[17] Gareth Evans, *The Responsability to Protect. Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2008.

[18] Rome Estatute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Conf 183/9.

[19] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto y fue establecida en 1979.

La disminución de la autoridad del Estado soberano se puede apreciar de forma clara con la entrada en funcionamiento tanto de la CPI como de la CIDH, cuya característica común y más sobresaliente es que se abrió la posibilidad del enjuiciamiento de criminales por graves, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos. El Estatuto de Roma dice en su preámbulo: "Los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia". Así mismo, la comunidad internacional debe estar decidida a "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes". Además, asevera: "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales". Finalmente, se debe "establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". Esto lo anticipó Cesare Beccaria, "Un acto cruel cometido en Constantinopla puede castigarse en París, por la razón abstracta de que un ofensor de la humanidad merece tener a toda la humanidad por enemiga y ser objeto de execración universal"[20].

En el nuevo derecho penal internacional, formulado en el *ER,* se afirma que algunos crímenes dañan la comunidad internacional de tal forma que deben ser prescritos en todas las sociedades. Estos crímenes son: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Estos crímenes violan las normas del *jus cogens*, normas que son claramente conocidas y entendidas por todos los hombres como vinculantes universalmente[21]. La construcción doctrinal y jurisprudencial del *jus cogens* internacional es propia del nuevo derecho internacional penal. Las normas del *jus cogens* fueron identificadas primero en la ley internacional de los tratados, y son normas, como se afirma en El Tratado de Viena, "que tienen un alcance universal; normas universales que fundamentan su jurisdicción universal en la ley internacional"[22].

Así, las normas del *jus cogens* forman la base más clara para identificar los crímenes internacionales como violaciones de la ley internacional. Esas normas envuelven principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin una obligación basada en una convención o en un tratado. Las normas del *jus cogens* son perentorias y originan obligaciones *erga omnes*, obligaciones que se extienden a todos los hombres[23]. A partir de este sentido del *jus cogens* internacional se puede afirmar que éste va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad

[20] Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1998, p. 32.

[21] Larry May, *Crimes Against Humanity. A normative Account,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 24.

[22] Ibídem, p. 25.

[23] Ibídem.

internacional del Estado, y a todo el cuerpo jurídico del derecho internacional contemporáneo. Al abarcar todo el derecho internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. Una de las más importantes justificaciones para juzgar el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra es que ellos violan las normas del *jus cogens*. En el nuevo derecho internacional penal se plantea que si estos crímenes que violan las normas del *jus cogens* no son juzgados por tribunales nacionales, entonces, entra en acción o bien la CIDH o la CPI.

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

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

Para desarrollar esta explicación es necesario plantear primero que el objetivo que el ER persigue es evitar la impunidad ante lesiones graves de los derechos humanos en el territorio de un Estado. Puede suceder que la falta de castigo esté producida por la incapacidad de las autoridades para procesar y castigar o por complicidad del Estado con los criminales, o puede darse el caso de que la falta de persecución penal sea una herramienta del Estado para poner fin a un largo conflicto de manera que se genere un proceso de reconstrucción de la sociedad. Lo que es indiscutido es que figuras como las leyes de punto final, las amnistías en blanco, las auto-amnistías o cualquier otra modalidad que tenga como

fin afectar los intereses de las víctimas son inadmisibles desde la perspectiva del derecho internacional penal. Es decir, puede haber leyes de amnistía o de indulto pero estas leyes deben estar sometidas a límites relativamente claros impuestos por el derecho internacional penal.

En este sentido, las leyes de amnistía pueden ser una forma del perdón penal consagrado en las leyes de un país y que es parte constitutiva de su sistema de derecho. Este es el caso de Colombia, donde está consagrado constitucionalmente en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución de 1991, según el cual el Congreso de la República "puede conceder por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos generales por delitos políticos". Y está establecido jurisprudencialmente en la Sentencia C 578-02 de la Corte Constitucional: "Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia".

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

De este modo, las leyes de amnistía o de indulto no son, en toda circunstancia, incompatibles con el derecho penal internacional. Como han señalado varios tratadistas del derecho internacional el ER no es un mecanismo dogmático, indiscutible e inflexible, sino adaptable y abierto a los procesos de paz. Por un lado el Artículo 6, inc. 5, del segundo Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra permite la aplicación de tales leyes una vez terminadas las hostilidades y con miras a la reconciliación nacional[24]; de otro lado, el propio ER abre un espacio para juicios de conveniencia políticos; este Estatuto contiene una serie de normas que harían compatible el perdón judicial de esta clase de crímenes en aras de alcanzar la paz. En su artículo 16, el ER establece la posibilidad de que al cometerse delitos graves de lesa humanidad y de guerra, el

[24] "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado". (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977).

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas "de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones". Esto quiere decir, que el Consejo de Seguridad, uno de los órganos más importante de las Naciones Unidas, pero de naturaleza eminentemente política, podría hacer una solicitud de suspensión del proceso frente a delitos graves, y conseguir así el aplazamiento de la investigación o el enjuiciamiento que se haya iniciado.

En este mismo sentido, otro importante artículo es el 17 que consagra el principio de la complementariedad. Con este principio se puede mostrar que "la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la justicia penal del Estado territorial la que persiga los crímenes internacionales enumerados"[25].

Además, el ER consagra en el literal c) del inciso primero del artículo 53, la posibilidad de que el fiscal decida no iniciar una investigación basado en el interés de la justicia. El literal dispone que no se adelantara una investigación cuando "existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia". El ER afirma aquí con toda claridad que queda a discreción del fiscal el que una investigación puede ser suspendida porque "no redundaría en interés de la justicia". Esta norma se ha interpretado, como lo propone el internacionalista penal Kai Ambos, en el sentido de que dentro de esos intereses de la justicia está, precisamente, la paz[26].

La tensión entre justicia y paz, que atraviesa todo el problema que estamos considerando, está planteada en el mismo ER. "Si bien, escribe Ambos, el ER tiene como objetivo primordial poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de esos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un instrumento dogmático e inflexible, sino flexible y abierto a los procesos de paz"[27].

Otro elemento que demuestra la flexibilidad del ER es que se puede acudir a una figura equivalente a la que existe en el derecho penal como causales de justificación o de exculpación, esto es, a la extrema necesidad para justificar al Estado que no puede perseguir en tales situaciones. Frente a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, no debe existir impunidad; esta es la

[25] Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos,* México D.F., Fontamara, 2008, p. 35.

[26] Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (L. 975/05) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz",* Bogotá, Temis, 2010, pp. 34 y ss.

[27] Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos Críticos*, Op. cit., p. 34.

idea fundamental. El castigo de los crímenes mencionados tiene que ser la regla en el derecho internacional. "Sólo puede haber excepciones en caso de un estado de emergencia nacional extrema. Las condiciones para estos casos extremos deben definirse en forma restrictiva. La existencia de este estado de excepción puede llevar a una suspensión temporal de las acciones penales, pero no a una impunidad definitiva. Es decir, que se trata de una persecución penal diferida en el tiempo, pero no de una renuncia definitiva al derecho de aplicar una pena en el marco del derecho internacional"[28].

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

Segundo contexto normativo: La teoría retributiva de la justicia

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

La perspectiva dominante en el tratamiento de las conductas criminales afirma que cuando los criminales no son juzgados, declarados culpables y castigados, ellos gozan de una forma de impunidad, que sugiere que ellos están por encima de la ley. La idea aquí es que el imperio de la ley requiere que ninguna persona esté por encima de la ley y que todos estén sujetos al mismo tratamiento frente a la ley. La doctrina retributiva declara que si una persona debe ser castigada, esto debe decidirse por referencia solamente a las ofensas legales cometidas por ella. La doctrina retributiva contiene dos demandas: que solamente las personas que hayan cometido crímenes deben ser castigadas y que los castigos deben ser proporcionales al tipo de crimen cometido, de tal manera que los más serios crímenes reciben los más severos castigos y los menos serios reciben los castigos menos severos. De este modo, el principio

[28] Ibídem, p. 38.

retributivo se puede plantear así: todas y solamente aquellas personas que hayan cometido crímenes deben recibir castigos justos, en la medida en que éstos estén en proporción con la seriedad de sus respectivos crímenes. Entre los autores clásicos de la filosofía han sido considerados Kant y Hegel como los más importantes representantes de esta orientación filosófica y jurídica. Voy a exponer brevemente sus ideas sobre esto.

Kant justifica la existencia del Estado como un sistema legal en función de la protección de la libertad[29]. Ahora bien, el Estado es justificado contra la alternativa del no-Estado, del estado de naturaleza. Kant considera al Estado como un sistema que tiene poderes de imposición coercitiva; por esta razón el Estado debe ser justificado. Cualquier violación de la libertad individual es injusta o contraria al derecho y la coerción que previene la violación de la libertad individual está justificada. El castigo limita por tanto en un grado importante la libertad del ofensor. Para Kant, una tal limitación de la libertad del ofensor es aceptable porque esto asegura no volver al estado de naturaleza[30]. De este modo, debido a que un sistema de castigo es parte integral del sistema legal, la justificación del Estado implica, por tanto, un sistema de castigo, al menos en la medida en que el castigo promueve ese fin que legitima al Estado. La implicación clara de esto es que la institución del castigo es justificada como parte de un sistema legal debido a que éste tiende a asegurar la libertad de cada persona contra la violación por parte de otros[31].

Para Kant las leyes de la libertad, establecidas por medio del derecho, definen el conjunto de condiciones que posibilitan el desarrollo de los sujetos concebidos como libres, iguales y autónomos. La frontera delimitada por estas leyes es inviolable, y según el principio del derecho quedan prohibidas por principio todas las acciones que perjudiquen esencialmente la posibilidad de coexistencia de los individuos bajo leyes universales. Esta prohibición absoluta afecta a las acciones que tienen que ver con las relaciones externas del arbitrio recíproco, pero no con el uso que cada individuo pueda hacer de su libertad en su esfera privada. Lo que cada uno quiera hacer con su libertad en su dominio privado no es objeto del derecho, ni puede ser asunto sobre el que intervenga el Estado. La motivación para actuar por respeto a la ley jurídica no descansa en la posible aprobación de cada miembro como legislador universal, como es el caso en la legislación moral, sino que es más bien coactiva.

Comprender el sentido de este momento coactivo del derecho es esencial para entender lo que es el derecho. Lo establecido racionalmente debe ser respetado y la razón está facultada para coaccionar al que se separe de lo que *debe ser* según principios racionales. La amenaza de castigo se convierte en el motivo que determina a los miembros de una comunidad para actuar observando el respeto a la ley. "Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un

[29] Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres.* Op. cit.
[30] Don E. Scheid, "Kant´s Retributivism, en: *Ethics*, vol. 93, No. 2, 1983, p. 265.
[31] Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres.* Op. cit., p. 40.

obstáculo a la libertad según leyes universales entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir es conforme al derecho (*recht*): por consiguiente, el derecho está unido a la vez a la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción"[32].

El efecto de la coacción es el de evitar las consecuencias negativas que pueden resultar de una acción contraria al derecho. Definitivo es que la coacción en cualquier caso debe poder ser aplicada. Una pretensión de derecho no es por lo tanto una mera apelación, sino que se concreta a través de la amenaza de coacción. Ahora bien, si el derecho está vinculado en forma analítica con la facultad de coaccionar puede, entonces, representarse su ley como una coacción recíproca universal, "concordante con la libertad de cada uno según leyes universales"[33]. En este caso resulta el concepto de derecho estricto, "aquel que no está mezclado con nada ético"..."ni con prescripciones referidas a la virtud" y "que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio"[34].

De todo esto derivan los siguientes asuntos: de un lado, Kant considera que mientras que un sistema legal tiene poderes de imposición coercitiva en términos de asegurar la libertad individual, ningún individuo debe ser utilizado como un simple medio para obtener ese resultado. Así, si la pretensión de justificar el castigo es el control criminal, este fin debe ser perseguido de forma moralmente aceptable, es decir, de manera que le de un respeto moral a las personas a quienes se les imponga el sistema penal. Esto quiere decir que el fin del castigo no es destruir la libertad de elección del criminal, sino es la de persuadirlo para usar su libertad de una forma consistente con la libertad de los otros. Así, cualquier castigo que pueda dañar la autonomía del criminal es excluida por esta teoría.

De otro lado, una vez que un Estado es establecido la justicia penal debe ser aplicada en su interior de una manera consistente. En la medida en que el principio retributivo exige que todos aquellos que hayan cometido crímenes sean castigados, sería inconsistente que el Estado se abstuviera de castigar a una persona que haya cometido un crimen argumentando alguna consideración particular, por ejemplo, la debida obediencia de un militar a su superior, la posición privilegiada del jefe del Estado o un acuerdo de paz. De acuerdo con los principios retributivos, hasta al último criminal se le debe imponer el castigo estricto. Sobre esto escribe Kant: "Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo"[35].

[32] Ibídem.
[33] Ibídem.
[34] Ibídem, p. 41.
[35] Ibídem, p. 169.

Hegel en su *Filosofía del derecho* afirma que el castigo es el restablecimiento del derecho, en la medida en que el derecho niega a la vez la negación del derecho que representa el delito. El crimen es una coerción injustificada porque ella viola el derecho a la libertad. El castigo es una segunda coerción dirigida contra la primera; es una coerción de la coerción. Como tal el castigo es una coerción justificada. El castigo no es por tanto un daño que es contrario al derecho, sino que es el camino por medio del cual el derecho se mantiene a pesar de la transgresión[36]. El castigo es necesario porque fallar en castigar la transgresión permitiría que ésta permanezca y a través de esto se convierta en parte del orden social. Si fuese permitido que la transgresión permanezca esto sería equivalente a reconocer al mal como correcto y a la injusticia como justicia. Castigar a un ofensor porque él ha violado la ley es castigarlo porque se merece el castigo. Para Hegel, el castigo es no solo el derecho del Estado para desarrollar y legitimar la ley, sino también, el derecho del transgresor no sólo de ser castigado, sino también, de ser reconocido como un ser humano. "La vulneración que afecta al delincuente no sólo es justa en sí, sino que es también un derecho afirmado en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción"[37].

Hegel aplica su teoría del reconocimiento al castigo y de este modo cualifica la retribución. Así, afirma que los seres humanos pueden ser capaces de reconocimiento debido a su libertad. Como seres libres pueden obtener formas distintas de reconocimiento en la dimensión interpersonal, en la social y en el Estado. Y como seres libres pueden constituir el mundo del derecho mediante el reconocimiento. De este modo, al entender el castigo como una forma de reconocimiento recíproco, la retribución no es el "ojo por ojo" de la ley del talión, sino una reciprocidad duradera que reconoce al ser humano como un ser sujeto de derechos. El crimen es una negación y una violación del derecho. El derecho es la relación de personas entre sí tal y como ellas se reconocen intersubjetivamente. El reconocimiento es por tanto el derecho a tener derechos. El crimen viola, en este sentido, no solamente un derecho particular, sino también, el derecho a tener derechos, esto es el reconocimiento en sí mismo. El acto del castigo hace manifiesta la nulidad de la coerción que está en el crimen y muestra que el derecho es no solamente un ideal que debe ser, sino que se actualiza y asegura en el reconocimiento mutuo y en la instauración del derecho en el sistema social[38]. Para Hegel, castigar es el derecho del criminal como una persona libre; negarse a castigar a partir de considerar al criminal como un hombre sin posibilidad de reformación, es tratarlo como una cosa distinta a un ser humano. En suma, el castigo es necesario sólo desde el punto de vista del

[36] Robert Williams, *Hegel's Ethics of Recognition,* University of California Press, Berkeley – Los Angeles, 1997, p. 171.

[37] Georg W.F. Hegel, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho,* Madrid, Libertarias Prodhufi, 1993, § 100.

[38] Robert Williams, *Hegel's Ethics of Recognition.* Op. cit., p. 175.

derecho y la justicia. Y este es el punto de vista desde el cual Hegel se centra en la justificación del castigo y de su racionalidad inmanente.

En las teorías retributivas expuestas se considera que la base moral del castigo es la ofensa cometida y por esto se orientan hacia el pasado. De acuerdo con estas teorías, cuando se castiga el criterio moral es el criterio de justicia. El castigo se justifica moralmente porque hacemos justicia cuando castigamos. El castigo es justo porque es merecido a través de la ofensa. Esto significa que es justificado porque es una retribución. Es un daño que el ofensor se ha merecido por medio de su ofensa, un daño por medio del cual el Estado le regresa al ofensor aquello que él le ha dado. Cuando se habla de la justificación moral del castigo, las consecuencias del castigo son irrelevantes. Cuando un castigo es merecido y es una ejecución de la justicia, el castigo está justificado moralmente y no hay más discusión[39]. Por último, es necesario resaltar que el principio retributivo le exige al Estado una actuación coherente, la cual consiste en que la autoridad estatal no puede argumentar que renunciará a castigar a una persona o un grupo de personas que hayan cometido crímenes, por razones políticas, morales o pragmáticas. Pero antes de ver cómo la teoría retributiva se relaciona con la teoría restaurativa vamos a exponer algunas importantes críticas a esta concepción.

El utilitarismo afirma que es un error pensar que la base moral del castigo sea su orientación hacia el daño causado en el pasado. El estándar de justicia en el castigo no debe ser el merecimiento, sino más bien, sus efectos preventivos, a saber, su contribución a la prevención de crímenes y a la reducción de niveles de conducta que violen la ley. En este sentido, el utilitarismo se orienta hacia el futuro, a diferencia de las teorías retributivas que se orientan hacia el pasado. Mientras que para la teoría retributiva las consecuencias del castigo son irrelevantes y lo que importa es la ejecución de la justicia, para el utilitarismo lo relevante son, precisamente, las consecuencias[40].

El utilitarismo concibe el castigo como disuasión a través de establecer por medio de la pena que el criminal no vuelva a repetir la ofensa y, de esta forma, haciéndolo servir como un ejemplo para posibles violadores de la ley. El utilitarismo entiende además que el castigo debe servir para la educación moral de la comunidad al mostrar mediante la inaceptabilidad de las violaciones de la ley que es viable reorientar las inclinaciones criminales[41].

Según la teoría retributiva hay fuertes razones para pensar que la justicia criminal puede contribuir al establecimiento de una comunidad democrática de derecho. Esto lo pensaron los grandes retributivistas desde Kant y Hegel hasta Hart y Kelsen. Enjuiciar a criminales reafirma el principio de que nadie está más allá del alcance de la ley y que los ciudadanos tienen derechos. Los juicios a los violadores de derechos humanos reafirman la autoridad de las instituciones democráticas y ayuda a que los miembros de la comunidad recuperen el sentido

[39] Igor Primoratz, *Justifying Legal Punishment,* New Jersey Humanities Press, 1990, p. 7.
[40] Ibídem, p. 18.
[41] Ibídem, p. 20

del respeto que habían perdido. El castigo se vincula con la consolidación de instituciones de autoridad democrática, especialmente las judiciales. Este es el caso en las "sociedades democráticas normales". Pero el problema en "sociedades anormales", es decir en sociedades que están saliendo de la guerra o de un régimen dictatorial, es que estas ventajas de las medidas retributivas pueden no darse por los inconvenientes de llevar a cabo juicios a los violadores de derechos humanos. Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de grandes atrocidades. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni en Nuremberg ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR) se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del derecho internacional penal.

En El Salvador y en Sudáfrica no fue viable juzgar a los criminales de los dos bandos porque ellos no aceptaban la vía de la justicia retributiva para someterse a las condiciones de una negociación. En Argentina los juicios criminales fueron considerados al inicio de la transición a la democracia como desestabilizadores porque los castigos aumentaron el sentimiento de lealtad hacia los militares juzgados, produjeron la idea de que eran juicios políticos por haber sido impuestos solamente sobre unos pocos que habían sido seleccionados y por haber impuesto castigos que se consideraron inmerecidos. Esto condujo a que se afirmara que el poder judicial en los primeros años de la transición a la democracia, lejos de administrar justicia, se había ajustado a las conveniencias políticas. En vez de reforzar la autoridad que la rama judicial pudiera haber obtenido, los juicios tuvieron el efecto contrario[42]. De este modo, se puede decir que los juicios a los violadores de derechos humanos no lograron el objetivo de fomentar los valores democráticos y fracasaron en su intento de propagar la noción democrática de la supremacía de la justicia y la responsabilidad individual. En lugar de contribuir a unificar las múltiples versiones de una realidad social fragmentada, los tribunales ahondaron el conflicto entre los grupos antagónicos.[43]

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

La relación entre el derecho internacional penal y la concepción retributiva de la justicia, en las que se supone el juzgamiento y condena de los responsables de crímenes atroces, se puede ver de otra manera si se considera la relación con la justicia restaurativa. No tiene que ser una relación en la que la paz excluya la justicia o viceversa. Se ha dicho algunas veces que la justicia y la

[42] Jaime Malamud-Goti, "Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas", en: Camila de gamboa (ed.) *Justicia Transicional: Teoría y Praxis,* Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 174.

[43] Carlos Nino, *Radical Evil on Trial,* Yale University Press, 1996, pp. 107 y ss.

paz no pueden coexistir. Vamos a ver que no hay incompatibilidad entre esos dos valores en la medida en que pueda mostrarse que la verdad está vinculada con cierta forma del reconocimiento público de los actos criminales. Se puede pensar que es muy difícil que en una transición de la guerra a la paz se piense que la justicia y la búsqueda de la paz se puedan ver como procesos paralelos y que se benefician mutuamente. No necesariamente la justicia implica paz ni tampoco la paz implica justicia. La tendencia normal es considerar que si los criminales no son procesados y juzgados ellos quedan libres de toda culpa y responsabilidad, y que la justicia no ha sido realizada. Sin embargo, se podría pensar en un proceso trancisional en el que los violadores de la ley sean juzgados, pero no encarcelados, como lo propone Jean Hampton: "Si un criminal se arrepiente y ha experimentado una gran pena por el crimen que cometió (si ha "sufrido lo suficiente") se le podría otorgar una suspensión de su sentencia o un perdón (no precisamente una libertad condicional)"[44]. En este caso se puede decir que su educación moral se ha realizado y que el ejemplo de su arrepentimiento será una lección suficiente para el público en general. "Además, debido a que el Estado se concibe a sí mismo castigando las violaciones al derecho, es apropiado permitir para éste ciertos tipos de excusas y mitigar circunstancias para suavizar el castigo infligido para el crimen en cuestión"[45].

Es necesario, entonces, entender de manera más flexible la tesis penal del retributivismo, según la cual los perpetradores de delitos atroces no queden en la impunidad. La impunidad solamente se da cuando los criminales quedan libres de toda culpa y responsabilidad, no cuando ellos están sujetos a un sistema alternativo para averiguar quién es el criminal, poder condenarlo públicamente y establecer las responsabilidades[46].

Esto implica considerar no sólo los derechos de las víctimas, sino también la perspectiva de los acusados y las necesidades de la sociedad. Los derechos de las víctimas son fundamentales en un proceso de búsqueda de la paz, deben ser reconocidos y los responsables de los males causados deben ser identificados y condenados públicamente. Para desarrollar esta idea mostraré de qué manera en un sistema alternativo al retributivo es posible determinar la responsabilidad del criminal y la condena pública de los actos criminales.

[44] Jean Hampton, "The Moral Education Theory of Punishment", en: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 13, No. 3, 1981, p. 235.

[45] Ibídem, p. 235. Hampton refiere otras formas de castigo que se están ensayando en los Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña relacionadas con violadores sexuales. "En tales programas, violadores sexuales son sometidos a una forma distinta de experiencia a la de la prisión: en pequeños grupos dirigidos por un terapista, son obligados a escuchar las palabras y acusaciones de las víctimas de la violación, y ellos se meten en un juego de roles en los que ellos asumen el rol de las mujeres que han violado" (Hampton, 138, 2007).

[46] Larry May, *Crimes Against Humanity. A normative Account.* Op. cit., pp. 243 y ss

Tercer contexto normativo: La justicia transicional

Esta idea de justicia puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores. La justicia transicional se plantea el problema de cómo las sociedades que salen de períodos de guerra civil o de dictaduras tratan con los legados de violencia y violación de los derechos humanos. Ella comprende todos los procesos y mecanismos asociados con la forma como una sociedad enfrenta el legado de grandes y graves abusos para poder garantizar la responsabilidad individual, servir a la justicia, y conseguir la reconciliación. La justicia transicional puede incluir mecanismos judiciales y no judiciales con diferentes niveles en el tratamiento del juzgamiento de los individuos, la búsqueda de la verdad y la reforma institucional.[47]

En la historia política, desde la época de esplendor de la democracia ateniense de los siglos V y IV hasta nuestros días, muchos de los procesos de transición de la dictadura a la democracia o de la guerra a la paz, han estado determinados por el problema de la necesidad de renunciar a la persecución penal y al castigo a los autores de crímenes atroces y de graves violaciones de los derechos humanos. En este sentido, la alternativa política que se propuso, ya desde los episodios de interrupción de la democracia ateniense en 404-403 A.C., fue garantizar mediante una amplia amnistía que se renunciase a la persecución penal y a la imposición de penas por los crímenes cometidos.

La palabra amnistía proviene de la palabra griega *amnestia* que está vinculada con otro término griego *amnestikakeia*, que significa olvidar y perdonar actos ilegales. Los griegos de Atenas fueron famosos por haber creado la filosofía, la democracia, las artes, pero también por haber declarado una de las primeras amnistías, en el 403 A.C., cuando todos los rebeldes en una guerra civil fueron perdonados antes de que se hubieran rendido. Como lo muestran Jon Elster y Lukas Meyer, el último episodio de interrupción de la democracia en Atenas, el de los treinta tiranos, instaló un régimen del terror, bajo el cual aproximadamente mil

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

quinientos atenienses fueron asesinados y muchos tuvieron que huir de Atenas[48].

Los excesos de los treinta tiranos condujeron a su derrocamiento y fueron remplazados por un grupo oligárquico de tres mil, del cual se escogieron a diez ciudadanos como sus representantes. Bajo el control y la mirada de Esparta concluyeron los oligarcas atenienses y los demócratas exiliados un acuerdo de reconciliación, que permitió a los demócratas regresar a Atenas e instaurar de nuevo el orden democrático y a los tiranos, en la medida en que aceptaron abandonar a Atenas, se les garantizó que sus crímenes no serían castigados y que podrían vivir en total seguridad en la vecina ciudad de Eleusis. Este acuerdo contenía además una amplia amnistía por los crímenes políticos cometidos bajo el régimen dictatorial.

La amnistía para actos de graves violaciones de los derechos humanos no cuadra muy bien con el contexto normativo de un sistema de cortes y tribunales. Los programas de amnistía están en un claro contraste con el sistema acusatorio y el castigo de los transgresores de la ley, que satisfacen el deseo de la sociedad de que haya retribución. Pero la retribución no es la única respuesta moralmente legítima frente al daño y la crueldad, tenemos también, como lo estamos desarrollando, la denominada justicia restaurativa.

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

De este modo, uno de los problemas fundamentales que tuvieron que resolver tanto la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación como las Comisiones de Verdad en Argentina, Chile, Perú, Timor East y Sierra Leona, consistió en justificar moralmente el intercambio de la justicia retributiva por la verdad.[49] Para hacer esto sus defensores mostraron que existen bienes morales

[48] Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Op. cit. Lukas H. Meyer, *Historische Gerechtigkeit,* Berlin – New York, Walter de Gruyter, 2005.

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

como la reconciliación social y el establecimiento de la verdad histórica que son equiparables al bien moral de la justicia retributiva[50]. Si estos bienes son equiparables al bien moral de la justicia retributiva, dice su argumento, es posible, entonces, justificar la renuncia al propósito de la justicia retributiva en procesos de transición. Las concepciones constitutivas morales de verdad y reconciliación, propias de las comisiones de la verdad, se presentaron de este modo como alternativas coherentes, al menos en las circunstancias de la justicia transicional en estos países, a las nociones retributivas de justicia que requieren procesamiento y castigo[51]. Así, las comisiones de la verdad, lejos de conformar un compromiso moral que implique sacrificar la justicia retributiva en aras de la verdad y la reconciliación, están pensadas más bien en concordancia con los requerimientos más generales de la justicia en las circunstancias especiales de los momentos transicionales y sirven para crear las condiciones bajo las cuales la concepción de justicia basada en el respeto a las normas básicas de la justicia y el derecho puede ser introducida nuevamente más adelante[52].

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

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

El modelo de justicia restaurativa presentó también, como el retributivo, grandes limitaciones especialmente en América Latina para contribuir al

Violence, Boston, Beacon Press, 1999.

[50] Desmodt M. Tutu, *No Future Without Forgiveness,* Doubleday, 1999.

[51] David Crocker, "Retribution and Reconciliation", en: *Philosophy and Public Policy,* Vol. 20 No. 1 University of Maryland, 2000.

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

fomento de los valores democráticos y para estabilizar las sociedades que salían de la dictadura o de la guerra. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas de Argentina (CONADEP) documentó un total de 8.960 muertos y desaparecidos durante el período de 1975 a 1983. Su informe, titulado *NUNCA MÁS* fue el primer reporte publicado por una Comisión de Verdad e indicó, más allá de toda duda, la naturaleza y extensión de la represión por parte del régimen militar[53]. Sin embargo, la política de la verdad en Argentina se vio afectada por las consecuencias que produjo tanto el informe de la CONADEP, como el juzgamiento por parte de los Tribunales argentinos de más de 500 oficiales, —el famoso "juicio a las juntas"—, al generar rebelión y resistencia por parte de los militares. Ante las amenazas de desestabilización o de un posible retorno de los militares al poder, primero, el gobierno del presidente Raúl Alfonsín busc**ó** una negociación con los representantes del anterior r**é**gimen, y para esto fueron promulgadas las llamadas leyes de impunidad (Ley de punto final y Ley de obediencia debida)[54]. Más tarde, el gobierno de Carlos Menem iría todavía más lejos, indultando por decreto a los militares y participantes de organizaciones armadas que habían sido condenados durante el gobierno de Alfonsín[55]. Esto en términos políticos significó que la amnistía se convirtió en la concesión inevitable que tuvo que aceptar la sociedad argentina durante los diez primeros años posteriores a la transición, para evitar el retorno de la dictadura. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile operó entre 1990 y 1991 y al igual que la comisión Argentina no sólo estableció las estructuras generales de la represión a través de las cuales fueron cometidos los crímenes, sino que también intentó determinar una verdad detallada sobre qué había sucedido con cada una de las víctimas conocidas por la comisión. La Comisión Retting, como fue llamada según el nombre de su presidente, y la Corporación de Reconciliación y Reparación, creada por el presidente Patricio Aylwin en 1992, documentaron un total de 3.196 muertos y desaparecidos durante el período de la dictadura[56]. La Comisión Retting no tenía poder para establecer la responsabilidad legal, pero además estaba completamente limitada en sus posibilidades de acción, puesto que la mayoría de los crímenes cometidos durante la dictadura no podían ser investigados ni juzgados debido a la ley de amnistía propuesta por el mismo Augusto Pinochet en 1978, con la cual se garantizó, por lo menos durante casi dos décadas, la impunidad de la cúpula de las fuerzas armadas y del mismo dictador[57].

[53] CONADEP, 1991.

[54] Jaime Malamud-Goti, *Los dilemas morales de la Justicia Internacional,* Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, Ciepp, 2003, p. 34.

[55] Carlos Nino, *Radical Evil on Trial,* Op. cit., p. 107.

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

[57] Iván Orozco Abad, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justi-*

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) constituye el más ambicioso proyecto de esclarecimiento de la verdad desarrollado en América Latina. La CVR inició su trabajo en 2002 y entregó su informe final en agosto de 2003[58]. Al igual que en Sudáfrica, la CVR del Perú promovió un amplio proceso público. La CVR encontró que la cifra más probable de víctimas fatales en las dos últimas décadas del siglo veinte fue de más de 69.000 muertos o desaparecidos a manos de las organizaciones subversivas o por obra de agentes del Estado. La CVR ordenó también la exhumación de tumbas clandestinas, en las cuales fuero identificas 4.600 personas, ordenó reparaciones a víctimas individuales y contribuyó al avance de procesamientos criminales al identificar y nombrar a muchos de los perpetradores en el reporte final. Entre otros objetivos, la CVR buscó además determinar las causas de la violencia, contribuir a la clarificación de los crímenes y de las violaciones a los derechos humanos y a identificar a aquellos responsables por estos actos. Pero, al igual que otras comisiones de la verdad, la CVR tampoco pudo convertir el asunto de buscar la verdad en un elemento para realizar la reparación y para avanzar en los juicios a los criminales, debido a la ineficiencia y lentitud en el manejo de los procesos criminales por parte del Ministerio Público, a la irresponsabilidad y corrupción existentes en muchos sectores del Poder Judicial, a la presencia de obstáculos políticos contra las pretensiones de la CVR y a la falta de una estrategia común por parte del Estado para articular los resultados del informe de la CVR con los propósitos de reparación, reconciliación y castigo[59].

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

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

cia en América Latina, Bogotá, Universidad de Los Andes–Temis, 2005. Fernando Atria, "La hora del derecho: Los 'derechos humanos' entre la política y el derecho", en: *Estudios Públicos*, No. 91, 2003.

[58] El reporte final constaba de diez volúmenes y fue publicado en agosto de 2003.

[59] Eduardo González Cueva, "The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the challenge of impunity", en: Naomi Roth-Arriaza – Javier Mariezcurrena (eds.) *Transitional Justice, Transitional Justice in the Twenty-First Century,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 70-93.

no solamente establecer la verdad sobre las injusticias pasadas y reversar el silencio y la negación de los años de las dictaduras o del conflicto interno, sino que buscan también hacer que los perpetradores de las graves injusticias admitan el conocimiento de los hechos criminales y asuman su responsabilidad política y moral. Estos dos procesos de la verdad están estrechamente relacionados: la "verdad fáctica" que es significante en los procesos de esclarecimiento de los hechos particulares y de las circunstancias bajo las que se dieron las graves violaciones de los derechos humanos tiene que estar articulada con la "verdad como reconocimiento", que implica el reconocimiento público de las atrocidades políticas y de las violaciones de los derechos humanos por parte de los perpetradores[60].

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

Cuando en una sociedad es imposible articular estos dos procedimientos de la verdad, de lo que se trata para la sociedad en cuestión es que la víctima olvide las injusticias del pasado, dicho en términos de la teoría del reconocimiento, es negarle a la víctima el reconocimiento por el sufrimiento y el daño causado. Esta fue, precisamente, la pretensión de las amnistías generales implementadas en Argentina y Chile en las décadas de los ochenta y noventa; de las prácticas de dilación, entorpecimiento y obstrucción de los juicios de derechos humanos y de los procesos para conseguir la reparación de las víctimas, efectuadas en Perú.

Exigirle a la víctima que olvide las injusticias del pasado es en realidad una orden de no recordar públicamente las pasadas injusticias, es negarle a la víctima, en términos de Thomas Nagel, que "entre a formar parte de la esfera

[60] Este punto, hecho por Thomas Nagel en una conferencia auspiciada por el Aspen Institute, se ha vuelto famoso en la literatura sobre justicia transicional. Citado en Lawrence Weschler, "Afterword", en: *State Crimes, Punishment or Pardon,* Papers and report of the conference, November 4-6, 1988, Maryland, Wye Center, 1989, p. 93.

pública cognitiva"[61]. Contar la verdad sin que haya reparaciones, reconocimiento de la responsabilidad, procesamientos judiciales, ni reforma institucional, convierte a las historias y a las explicaciones de las víctimas en un gesto vacío, en "palabrería barata"[62]. En estos casos la cuestión no es tanto la de una carencia de conocimiento, sino la de negar la existencia de las atrocidades políticas. Esto es un problema de poder político. De un lado, la sociedad en general y las víctimas en particular tienen un amplio conocimiento de los hechos particulares y de las circunstancias bajo las que se dieron las graves violaciones de los derechos humanos, pero de otro lado, se niega el reconocimiento público por parte de los perpetradores de su responsabilidad en esos hechos. Los daños morales que son negados públicamente terminan desmoralizando a la víctima y destruyendo su propio sentido del respeto.

Como dice Jeffrie G. Murphy, cuando una persona es dañada recibe un mensaje de marginalidad e irrelevancia. El criminal comunica mediante su acto criminal que la víctima no cuenta para nada. Pero si además se exige a las víctimas que olviden los daños del pasado, la consecuencia para las víctimas es que ellas son tratadas como si no se les hubiese hecho un daño, como si ellas no debieran tener por esto ningún resentimiento[63]. El llamado a olvidar refuerza la pérdida de la autoestima en la víctima. Para las víctimas esto es un redoblamiento de la violación física. A la víctima se le comunica, primero, mediante la violación física que ella no cuenta para nada, y que su dolor real, el sufrimiento y el trauma que lo acompañan son irrelevantes. La violación política consiste, segundo, en la negación pública del reconocimiento de la primera violación física. Esto equivale a una negación de la dignidad humana y cívica de las víctimas. Mediante esto los perpetradores establecen las condiciones de su poder. Bajo estas condiciones ellos sienten que pueden cometer todo tipo de atrocidades, continuar haciéndolo con impunidad, y vivir con la seguridad de que tales daños pueden ser infligidos sin resistencia en el futuro.

Para una sociedad en transición constituye por tanto una prioridad política insistir en procesos de reconocimiento público de las atrocidades políticas y de las violaciones de los derechos humanos. Esta forma de reconocimiento es importante precisamente porque constituye una forma de descubrir el significado y el valor de las personas como individuos, como ciudadanos y como víctimas[64]. En este sentido, comisiones de verdad o mecanismos judiciales de reconstrucción de la verdad, que sean capaces de convertir el ejercicio de develar la verdad en un instrumento apto para promover la reparación, el arrepentimiento del victimario, el perdón de la víctima y las investigaciones criminales, pueden jugar un papel

[61] Ibídem, p. 93.

[62] Pablo De Greiff, "Justice and reparations", en: *The Handbook of Reparations,* Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 461.

[63] Jeffrie G. Murphy – Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, caps. 1 y 3.

[64] Pablo De Greiff, "Justice and reparations". Op. cit., p. 460.

muy importante. "Solamente a través de recordar es posible restaurar la dignidad y el respeto de las víctimas", escribe Rajeev Bhargava[65]. Olvidar no es una buena estrategia para sociedades que transiten hacia la consolidación de instituciones democráticas o que busquen la paz. Fallar en no reconocer las injusticias del pasado conduce a las sociedades a producir ciclos de desconfianza, odio y violencia. El propósito de recordar públicamente daños específicos es hacer que los perpetradores admitan el conocimiento y asuman la responsabilidad por los crímenes cometidos por ellos. Así, el reconocimiento de que se cometieron graves daños en el pasado, que mucha gente fue severamente victimizada y que individuos, grupos y comunidades enteras han sido identificados como responsables por esos crímenes hace posible la restauración de la dignidad humana y civil de las víctimas, el surgimiento de un nuevo orden moral y político; y esto da a las víctimas la confianza requerida para entrar como participantes normales del orden político emergente. Así, para desarrollar una confianza en el proceso de transición es definitivo que las graves injusticias cometidas en el pasado sean reconocidas públicamente como graves injusticias, como males morales, y que los perpetradores de esos daños reconozcan su completa responsabilidad por sus actos criminales. De este modo, la justicia requiere de un procedimiento particularizado de reconocimiento público, como una comisión de verdad o mecanismos judiciales de reconstrucción de la verdad, para restaurar la dignidad humana de las víctimas e imponer medidas adecuadas de responsabilidad a los perpetradores.

Finalmente, es importante aclarar que estas situaciones de no reconocimiento de las pretensiones a la verdad, la justicia y la reparación que tenían las víctimas en los tres países mencionados cambiaron significativamente hacia finales de la década de los noventa con la creación de unas condiciones políticas, jurídicas y de opinión pública en contra de la impunidad en materia de derechos humanos. Primero en Argentina, el Congreso Nacional decidió, el 26 de marzo de 1998, derogar las dos polémicas leyes de impunidad (Ley de punto final y Ley de obediencia debida) y, posteriormente la Corte Suprema de Argentina consideró, en el caso "Simón", inconstitucionales a estas leyes; esto hizo posible que nuevamente la justicia pudiera ponerse en marcha y estableciera la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía propuestas por los gobiernos de Alfonsín y Menem.

De igual manera, cuando Pinochet fue detenido en Londres el 16 de octubre de 1998 a pedido del juez Baltasar Garzón, se generó en Chile y en general en Latinoamérica un importante movimiento de luchas sociales y políticas dirigido a dar fuerza a las disposiciones internacionales vigentes en materia de derechos humanos. En Chile, tras la vuelta de Pinochet luego del escándalo internacional producido por el proceso de extradición, se produjo

[65] Rajeev Bhargava, "Restoring Decency to Barbarie Societies", en: Robert I. Rotberg – Dennis Thompson (comps.) *Truth v. Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 53.

un cambio muy importante en el movimiento social y en la situación político-jurídica; así, solamente en 1998 se presentaron diecisiete nuevas querellas en contra del ex dictador y la opinión pública se mostró favorable a la detención y juzgamiento de Pinochet. Finalmente, el ex dictador no pudo der juzgado por motivos de salud y de "senilidad".

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

Conclusión

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

En el *segundo contexto normativo* se expusieron las razones de porque es necesario el castigo en una sociedad y cómo éste sirve para la consolidación de instituciones de autoridad democrática. Se consideró también que las ventajas de las medidas retributivas pueden no darse en sociedades que estén buscando salir

de la guerra por los inconvenientes de llevar a cabo juicios a los violadores de derechos humanos. No poder juzgar a los grandes criminales condujo en varias sociedades a intentar un camino alterno al retributivo. La idea es considerar en éste no sólo los derechos de las víctimas, sino también, la perspectiva de los acusados y las necesidades de la sociedad.

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

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

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