

REFLEXIONES SOBRE LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL¹

THOUGHTS ON TRANSITIONAL JUSTICE PROCESSES

✉ POR: DIEGO GARCÍA-SAYÁN² Y MARCELA GIRALDO MUÑOZ³

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 24 de octubre de 2016

Resumen

Este artículo hace referencia a los procesos de justicia transicional, la interacción entre sus diferentes componentes y el equilibrio que se debe buscar generar entre los mismos. Específicamente el artículo busca reflexionar, desde lo previsto por distintos tratados analizados, sobre la obligación estatal de sancionar a quienes sean condenados por la comisión de las conductas en ellos referidas y las penas que de allí se derivarían. En este sentido, se mencionan temas que surgen durante los procesos de justicia transicional tales como el juzgamiento de responsables de graves crímenes y las medidas de reparación que deben garantizarse a las víctimas de los mismos con el doble fin de no desincentivar la participación de las partes en los procesos de paz y de respetar los derechos a las víctimas a una verdadera reparación integral. Adicionalmente, se hace referencia a los casos en los que la Corte Interamericana se ha tenido que pronunciar sobre violaciones a los derechos

-
- 1 El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - 2 Abogado peruano, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ex Ministro de Relaciones Exteriores y ex Ministro de Justicia del Perú. Profesor universitario y autor de numerosos libros y trabajos en relaciones internacionales, derechos humanos y administración de justicia.
 - 3 Abogada colombiana egresada de la Universidad EAFIT de Medellín, con LL.M. en Derecho Internacional Humanitario de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. En la actualidad es abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



humanos en contextos en donde se han adoptado medidas tales como las amnistías, cuál ha sido el desarrollo de estándares que la Corte ha hecho en los mismos y las razones para que, en nuestra opinión, ello haya ocurrido de esa manera.

Palabras claves: *justicia transicional, Corte Interamericana, penas, amnistías.*

Abstract

This article refers to the processes of transitional justice, the interaction between its different components and the balance that should be sought between them. Specifically, the article seeks to ponder, from the provisions of various treaties analyzed, on the State's obligation to punish those who are convicted for transgressions under those treaties, and the penalties that would result therefrom. In this regard, issues that arise during transitional justice processes are mentioned, such as the prosecution of those responsible for serious crimes, and the reparations that must be guaranteed to the victims of those crimes, with the double aim of not discouraging the participation of parties to peace processes and to respect the rights of victims to true integral reparation. In addition, reference is made to cases in which the Inter-American Court has had to make reference to human rights violations in contexts where measures such as amnesties have been adopted, what has been the development of standards that the Court has made in those cases, and the reasons why, in our opinion, this has happened in that way.

Key words: *transitional justice, Inter-American Court, punishments, amnesties.*

Introducción

En las últimas décadas se han llevado a cabo en el mundo varios procesos de justicia transicional. Algunos de ellos buscando hacer una transición de regímenes dictatoriales a democracias y, en otros casos, de situaciones de conflictos armados no internacionales a tiempos de paz. Este artículo busca referirse a aspectos generales que resultan críticos en el diseño y puesta en funcionamiento de los mecanismos de justicia transicional. En adición, se hará referencia a algunos casos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, el Tribunal o la Corte Interamericana) en los que este organismo jurisdiccional ha tenido que enfrentarse con casos de violaciones a derechos humanos ocurridas en distintos países del continente en contextos donde se ha hecho uso de amnistías.



El punto medular que se quiere resaltar es que la mayor y mejor garantía para la protección de los derechos humanos es la paz. Conquistar la paz es no solo un derecho de la sociedad, sino también una obligación del Estado. Es en ese proceso de vertebración de varios derechos y, eventualmente, de tensiones que se puedan suscitar entre la justicia y la paz, que este objetivo debe prevalecer. Ello porque a partir de la realización del mismo, se garantizan y consolidan mejores condiciones para prevenir afectaciones a los derechos humanos como, por ejemplo, las que devienen de contextos en los que no se respeta su libre ejercicio o las que se derivan del uso de armamento que afecta en forma desproporcional o indiscriminada a la población civil.

El objeto de este escrito es entonces dejar sentados algunos temas de discusión desde el derecho internacional que cobran especial relevancia en la actualidad cuando en Colombia se está avanzando en concretar una salida negociada a un largo conflicto armado que ha dejado profundas heridas en ese país a lo largo de varias décadas. Adicionalmente, ello es de importancia para nutrir el debate a nivel interamericano de los temas que surgen durante los procesos de justicia transicional como el juzgamiento de responsables de graves crímenes cometidos y las medidas de reparación que deben garantizarse a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

De acuerdo a lo anterior, la reflexión que se hará a continuación se refiere a tres puntos específicos: en primer lugar a los componentes de la justicia transicional; luego se analizarán las obligaciones internacionales esenciales de los Estados sobre crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos como las desapariciones forzadas o la tortura y, finalmente, se hará una breve reflexión sobre el equilibrio que debe existir entre los distintos componentes de la justicia transicional.

Componentes de la justicia transicional

La justicia transicional debe entenderse como un proceso político e institucional en el que se insertan elementos jurídicos con el fin de efectuar una ponderación entre los derechos a la paz y a la justicia.⁴ La Secretaría General de las Naciones Unidas ha definido la justicia transicional como el conjunto de procesos y mecanismos asociados con los intentos de la sociedad de concluir abusos masivos del pasado, con el fin de asegurar la determinación de responsabilidades, servir a la justicia y lograr la reconciliación.⁵ Sus componentes varían

4 Rodrigo Uprimny Yepes et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, colección ensayos y propuestas, 2006, p. 19, http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

5 Cfr. Guidance Note of the Secretary General, United Nations Approach to Transitional Justice, marzo de



dependiendo del caso en concreto, pero deben atender a las obligaciones internacionales que los Estados han contraído. Principalmente, están compuestos por procesos y mecanismos judiciales, cuasi judiciales y de otra índole, dirigidas a lograr los fines antes mencionados.⁶

Al respecto, la Secretaría General ha identificado como componentes comunes a los procesos de justicia transicional los siguientes cinco elementos:

El primero es la investigación, con el fin de que quienes hayan sido responsables de la comisión de delitos, especialmente graves violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario sean juzgados y, de ser el caso, sancionados conforme a los estándares internacionales del debido proceso. Así, los programas de justicia transicional deberán desarrollar o reforzar, dependiendo del caso, las capacidades investigativas de los órganos designados para ello, promover la independencia de la judicatura, garantizar la defensa legal de las partes, y el fortalecimiento de mecanismos de protección y apoyo a testigos y víctimas. Especialmente importante con relación a este componente es el principio de no-discriminación, en tanto que las investigaciones y procesos judiciales deben seguirse conforme a las reglas del debido proceso independientemente de quien sea el investigado.⁷

Dentro de este componente está el tema de las amnistías, sobre las cuales se hará referencia vasta posteriormente. No obstante, se adelanta en esta oportunidad que las amnistías brindan un conjunto de posibles resultados ante una eventual ponderación entre el deber de investigar, y en su caso, sancionar a los perpetradores de graves violaciones a derechos humanos, y por el otro, la paz y la reconciliación nacional.⁸ En el mismo sentido, la ponderación entre la justicia penal y la paz negociada, en sí, es indispensable para atender al elemento de justicia.⁹ Cualquier dificultad en la imposición de una sanción penal no debe afectar la investigación y esclarecimiento de los hechos y la identificación de las responsabilidades individuales.¹⁰

2010, p.1. https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*, p.7.

8 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán en el que se adhirieron los Jueces y Juezas Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Alberto Pérez Pérez, párr. 18.

9 R. Uprimny y otros, *Op. cit.*

10 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 28.



El segundo elemento es el relacionado con el derecho a la verdad. Se ha entendido que la verdad “comporta tanto el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de sus familiares a conocer los hechos y circunstancias en que acaecieron dichas violaciones, como el derecho de la sociedad entera a saber los motivos por los cuales tales hechos se produjeron, con miras a preservar la memoria colectiva y a evitar de esa manera que hechos de esa índole no vuelvan a presentarse”.¹¹

Al respecto, a la verdad se le han dado tres acepciones: la verdad factual, la verdad personal y la verdad social. La “factual” atiende, por ejemplo, al paradero de los restos mortales de la víctima o la clarificación de los hechos ocurridos durante el conflicto. La “personal” permite a la persona expresar esa verdad, y de esta forma, desahogarse con dicha manifestación. La “social” se adopta a través del diálogo y el debate.¹² Esto incluye el desarrollo de instituciones (como las comisiones de la verdad y reconciliación) capaces de identificar los patrones de violencia del pasado y señalar sus causas y consecuencias. Igualmente, resulta importante el fortalecimiento de sistemas de archivo de la información recolectada sobre los hechos atroces del pasado, para la preservación de la misma y su posterior uso, especialmente, para prevenir que se repita la comisión de dichos hechos.¹³

El tercer elemento es el de a la reparación integral¹⁴ y está dirigido a brindar beneficios materiales y simbólicos a las víctimas de los hechos.¹⁵ Los derechos de las víctimas son absolutamente fundamentales en un proceso de naturaleza transicional. Ello por cuanto solo respetándolos es posible encontrar un equilibrio que permita una paz duradera. En este sentido, la reparación integral busca no solo que se satisfaga el elemento de justicia sino que estén presentes también los componentes de verdad, rehabilitación, garantías de

11 R. Uprimny y otros, *Op. cit.*, pp. 143-144.

12 Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2000. Ver también Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego García-Sayán, *Op. cit.*, párr. 25.

13 Guidance Note of the Secretary General, *Op. cit.*, p.8.

14 La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha referido extensivamente al tipo de medidas que permiten la obtención de una reparación integral, desde su primera Sentencia sobre reparaciones, hasta su más reciente jurisprudencia. Al respecto, ver por ejemplo: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 26, Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 579.

15 Al respecto, ver también Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo Saldarriaga en: R. Uprimny y otros, *Op. cit.*, p. 76.



no repetición, satisfacción, indemnización, entre otros.¹⁶ Ello puede obtenerse, además, a través de mecanismos como las comisiones de verdad¹⁷ y grupos interdisciplinarios que brinden el apoyo médico y psicológico necesario a las víctimas. Las que, además, deben tener la posibilidad de que se les permita participar en el diseño e implementación de los mecanismos de justicia transicional.

El cuarto elemento es el de las reformas institucionales mediante las cuales aquellas instituciones que perpetuaron -o permitieron la perpetuación- del conflicto armado deberán convertirse en otras dirigidas a sostener la paz y el Estado de Derecho. Esto permitirá un fortalecimiento institucional, capaz de prevenir la recurrencia de violaciones a derechos humanos como las perpetradas durante el conflicto. Dentro de este componente, se encuentran medidas positivas de entrenamiento y capacitación a los funcionarios en la era del post-conflicto, como la investigación y separación del cargo de aquellos otros que participaron activamente en la perpetración de graves violaciones a derechos humanos, que permitieron su ocurrencia o denegaron su investigación.¹⁸

El último elemento es el que se refiere a los procesos de consulta nacionales, dirigidos al diseño de medidas de transición que se adapten al contexto concreto en el que se quieren implementar. En este sentido, los mecanismos de transición deben ser comunicados a la población durante y después de su ejecución. En el voto concurrente correspondiente a la Sentencia del Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, se señaló la importancia de la participación de las personas a quienes los programas están dirigidos en la puesta en funcionamiento de los mecanismos de reparación, para procurar su legitimidad y eficacia.¹⁹ Igualmente, esto favorece que las comunidades involucradas se apropien de los mecanismos y programas dispuestos para la transición.²⁰

16 Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Resolución A/RES/60/147 (21-03-06), párr. 18; Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156 *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 18 de diciembre de 2013, párr. 23.

17 Ver por ejemplo: "What truth commissions have added to the matrix of post-conflict resolution is a mechanism with its principle objectives being the construction of the truth and the achievement of reconciliation between former enemies" Andreas Gordon O'Shea, *Truth and Reconciliation Commissions*, 2008, párr. 41.

18 Guidance Note of the Secretary General, *Op. cit.*, p 9.

19 De Greiff, Pablo, *Repairing the Past: Confronting the Legacies of Slavery, Genocide, & Caste*, Connecticut, Yale University, 2005, p.10. Ver también Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, parr. 34.

20 Guidance Note of the Secretary General, *Op. cit.*, pp. 9 y 10.



Amnistías contenidas en el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra

El artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, en su numeral 5, establece que “[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”. Lo estipulado en este párrafo, como es evidente, no sólo permite sino que promueve el uso de amnistía en las secuelas de un conflicto armado no internacional para aquellos cuya detención, privación de libertad o internamiento haya sido “por motivos relacionados con el conflicto armado”.

El Protocolo no precisa qué se debe entender por *motivos relacionados*, por lo que a primera vista ello podría implicar desde la sola participación en el grupo armado hasta la comisión de crímenes. Al respecto, se hace notar que el numeral 1 del referido artículo, que establece su ámbito de aplicación, señala que el artículo 6 “se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Al respecto, los comentarios del CICR, explican que “se trata de infracciones penales, y no de infracciones o procedimientos administrativos o disciplinarios. *Ratione personae*, el artículo 6 tiene un alcance general y se aplica tanto a las personas civiles como a los combatientes caídos en poder de la parte adversa que podrían ser objeto de diligencias penales”.²¹ Adicionalmente, en los referidos comentarios se sostiene que el numeral 5 busca “alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido”.²²

Sin embargo, el CICR ha ido afinando su interpretación sobre este tema. La Norma 159 de derecho internacional humanitario consuetudinario señala que “[c]uando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén

21 Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1998, párr. 4599 <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#4>, consulta: 4 de agosto de 2016.

22 *Ibíd.*, párr. 4618.



condenadas por ello”.²³ En el análisis que se hace de dicha norma, el CICR explica que dichas amnistías “serían [...] incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales”.²⁴

Esta interpretación implica que el artículo 6.5 está en línea con el artículo 118 del III Convenio de Ginebra, aplicable únicamente a conflictos armados internacionales, en el que se establece que “[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”. Esto se remite al hecho que la razón de la captura en los conflictos armados internacionales es que se trata, alegadamente, de miembros del ejército enemigo, pues lo que se busca evitar es que nuevamente participen en las hostilidades y, con ello, debilitar militarmente a la contraparte. Una vez finalizadas las hostilidades, dicho objetivo pierde validez por lo que no habría, en principio, una razón que haga imperioso mantener capturados a dichos combatientes. En términos de conflictos armados no internacionales, ello implicaría que debería otorgarse la amnistía más amplia posible a aquellas personas cuyo único delito sea el de ser parte del grupo armado.²⁵

Ahora bien, en relación con la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar a los presuntos perpetradores de crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales, la Norma 158 establece que “[l]os Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”.²⁶ Al respecto, el CICR señala que “existe suficiente práctica [...] para establecer la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales y juzgar a los sospechosos, si procede”.²⁷

23 Comité Internacional de la Cruz Roja, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 691, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016. Cfr. “It should be emphasized that this provision [Article 6 (5) APII] essentially seeks to encourage the release of individuals who might be, or are subject to, criminal or other proceedings under domestic law for the fact of having taken part in hostilities. It should in no way be read as supporting amnesties for war crimes or other international offences committed in internal armed conflict” Jelena Pejic, *Accountability for international crimes: From conjecture to reality*, *International Review of the Red Cross* No 845, 2002, p. 30.

24 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 687.

25 Cfr. Colm Campbell, *Peace and the laws of war: the role of international humanitarian law in the post-conflict environment* *International Review of the Red Cross* No. 839, 2000, pp. 627-651.

26 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 687.

27 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 689.



De lo anterior, podría colegirse que las personas que hayan cometido actos relacionados con el conflicto armado, distintos a crímenes de guerra deberían, en principio, ser beneficiadas con las amnistías dispuestas en el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra. Ello no solo es jurídicamente sostenible sino que, además, facilitaría un proceso de transición en tanto los órganos encargados de juzgar y sancionar podrían concentrarse en aquellos sujetos que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra durante el conflicto armado.

Aunado a lo anterior, puede decirse que en los procesos de justicia transicional las amnistías han sido usadas como instrumentos cuya finalidad es facilitar el paso de una situación a una nueva sustancialmente distinta como es el caso de la terminación de un conflicto y la construcción de la paz. El otorgamiento de amnistías u otros instrumentos de similar naturaleza apunta a generar un equilibrio entre la obligación de juzgar y condenar a todos los responsables de los delitos cometidos y la real capacidad institucional del Estado para llevar a cabo dicho propósito de manera exitosa facilitando el tránsito hacia una paz duradera.

Dependiendo de la situación y de las circunstancias específicas, las amnistías pueden ser concedidas a través de diferentes medios tales como decretos presidenciales,²⁸ leyes de amnistía promulgadas por un cuerpo legislativo,²⁹ o acuerdos de paz entre las partes en conflicto,³⁰ entre otros. Además pueden presentarse en diferentes formatos; por ejemplo, ser otorgadas o ser auto concedidas. Estas últimas son normalmente dadas por el lado “victorioso” buscando beneficiarse solo a sí mismo y, por consiguiente, impiden alcanzar un consenso entre todas las partes involucradas, consenso que resulta esencial para un debate serio acerca de un proceso de paz y el fin del conflicto³¹ u otra transición de que se trate.

Otras veces las amnistías sí cuentan con el referido consenso pero resultan demasiado amplias al incluir a todos los autores y/o todo tipo de delitos. Este tipo de amnistías generales excluyen la investigación, el procesamiento y la condena de todos los autores y/o delitos por lo que resultan desproporcionadas e impiden una adecuada reparación de las víctimas. Tanto las amnistías auto concedidas como aquellas generales e irrestrictas no son contributivas en casos de graves violaciones de derechos humanos o en los procesos de transición en tanto socavan el propósito de estos instrumentos como medidas de reconciliación.

28 Ejemplo las ofrecidas por el Gobierno de Uganda al Ejército de Resistencia del Señor, 2006. Ver: Adama Dieng, *Bridging the divide between reconciliation and justice*, African Prospects, 2009.

29 Por ejemplo: El Salvador, Ley de amnistía general para la consolidación de la paz, 1993.

30 Por ejemplo: el acuerdo de paz de Lomé entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido en 1999.

31 Andreas O’Shea, *amnesty for crime in international law and practice*, The Hague, Kluter Law International, 2002, p. 24.



Las amnistías buscan, entonces, evitar el castigo del autor del acto ilícito o, en el caso de aquellos que son encontrados culpables de un delito, evitar el cumplimiento total de la condena. Son medidas excepcionales que tienen por objeto, en última instancia, facilitar y garantizar un proceso de transición y, como tal, han sido consideradas en varios de estos procesos como una herramienta legal útil que facilita la finalización de las hostilidades en un conflicto armado.

Algunos órganos encargados de interpretar y aplicar varios tratados internacionales han apuntado que estas medidas deben limitarse -o incluso no aplicarse- en circunstancias en que puedan ser usadas como medios para generar mayor impunidad y no esté claro que puedan contribuir a un camino claro hacia tiempos de paz y/o democracia, y convertirse en un elemento central de éxito de los procesos de reconciliación.³²

Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de amnistías

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido constante en su cuestionamiento a las amnistías a graves violaciones de derechos humanos. En el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* (2001), relacionado con amnistías auto concedidas para impedir la investigación de los hechos ocurridos, la Corte estableció que las mismas eran incompatibles con la Convención Americana por lo que carecían de efectos jurídicos y no podían constituir un obstáculo para la investigación de los hechos y la identificación y eventual castigo de los responsables. Al respecto, el Tribunal señaló que:

“los Estados Partes [de la Convención Americana] tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz [...] Es por ello que los [...] que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. *Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.* Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” [énfasis añadido].³³

32 Cfr. Peter Krapp, *Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting*, 6 German Law Journal No. 1, 2005.

33 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs.



Por otra parte, al referirse a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* (2011) el cual está relacionado con la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como con la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García, la Corte sostuvo que “[l]as amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos”. Asimismo señaló que ya se había pronunciado al igual que órganos regionales y universales “sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados”.³⁴

En Chile se aplicó un decreto ley de amnistía dictada durante el gobierno de Augusto Pinochet que fue declarado contrario a la Convención Americana en dos oportunidades. En el caso *Almonacid Arellano* (2006), la Corte debió referirse a su aplicación a favor de los perpetradores de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, calificada en dicha Sentencia como “crimen de lesa humanidad”.³⁵ Dicho decreto ley concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

Al respecto, la Corte afirmó que la “adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento” de las obligaciones de investigar y perseguir a las personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, como los crímenes de lesa humanidad.³⁶ Concluyó que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, *los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía*” [énfasis añadido].³⁷ También concluyó que leyes de amnistía con las características indicadas “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles

43 y 44. Ver también: Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, párr. 34.

34 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 195.

35 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 104.

36 *Ibíd.*, párr. 107.

37 *Ibíd.*, párr. 114.



con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella”.³⁸

Por otra parte, en el caso *García Lucero* (2013), con relación a las torturas sufridas por la víctima, la Corte determinó que el referido decreto ley “pudo constituir un obstáculo para que se iniciara una investigación”, pero no profundizó en el argumento pues no se desprendió de los hechos que efectivamente en este caso la amnistía hubiera constituido un obstáculo.³⁹ No obstante ello, reiteró que dicho decreto ley carece de efectos jurídicos.⁴⁰

Otro caso relevante es el de Brasil, analizado por la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund* (2010). En 1979, en Brasil se dictó una ley de amnistía a través de la cual se concedió amnistía a “quienes, en el período comprendido entre el 2 de septiembre de 1961, y el 15 de agosto 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con éstos”, entre otros.⁴¹ En dicho caso, se declaró la responsabilidad internacional de Brasil ya que dicha normativa impidió la consecución de la investigación de desapariciones forzadas cometidas por el régimen militar. La Corte, igualmente, reconoció las medidas de reparación y no repetición adoptadas por Brasil en el marco de su transición, pero consideró que esas “no resultan suficientes en tanto han omitido el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas”.⁴²

Ahora bien, tal como se expondrá posteriormente, todas las amnistías mencionadas se enmarcan en contextos que no califican como conflictos armados no internacionales que buscan su terminación a través de una paz negociada. En este sentido, solo el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, que se explicará posteriormente, abre la puerta para discutir escenarios diferentes que admitan consecuencias jurídicas distintas a las anteriores.

Obligaciones internacionales de los Estados en materia punitiva respecto a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos

Al plantearse este tema, inmediatamente surgen preguntas como las siguientes, ¿qué tipo de penas fija el derecho internacional para quienes sean investigados, juzgados y sancionados

38 *Ibíd.*, párr. 119.

39 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 154.

40 *Ibíd.*

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

42 *Ibíd.*, párr. 178.



por estos delitos?, ¿existe una obligación internacional precisa en materia punitiva? ¿acaso, la de fijar y establecer penas altas y efectivas de prisión para este tipo de conductas?. Para analizar dichos interrogantes, primero se hará una breve referencia a los conceptos de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos para luego pasar a estudiar las obligaciones en relación con las penas a ser impuestas de acuerdo con distintos instrumentos internacionales.

1. Crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos

1.1 Crímenes de guerra

Ocurrida la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, se dieron desarrollos importantes en relación con los crímenes de guerra. En efecto, “[e]l Tribunal Militar Internacional de Nuremberg determinó que las violaciones del Reglamento de La Haya constituían crímenes de guerra porque esas normas convencionales habían cristalizado en derecho consuetudinario antes de la II Guerra Mundial”.⁴³ Adicional a ello, se destacan resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas,⁴⁴ el Estatuto⁴⁵ y fallos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.⁴⁶ Además, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su Protocolo Adicional I establecen “infracciones graves”⁴⁷ que constituyen violaciones a disposiciones de

43 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 647.

44 Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 3 (I) de 13 de febrero de 1946 “extradición y castigo de criminales de guerra”, 170 (II) de 31 de octubre de 1947 “extradición de delincuentes de guerra y traidores”, y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 “afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”.

45 El artículo 6.b del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 define los crímenes de guerra como “violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.

46 Ver, entre otros: United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Krauch (I. G. Farben Trial) case*, 1947-1948; United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Von Leeb (The High Command Trial) case*, 1947-1948, y United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Altstötter (The Justice Trial) case*, 1946-1949.

47 “Se consideran infracciones graves algunas de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario. Son actos concretos enumerados en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo I y que incluyen el homicidio intencional, la tortura o el trato inhumano, así como causar deliberadamente grandes daños [...] Las infracciones graves son consideradas crímenes de guerra” CICR, Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, *Represión penal El castigo de los crímenes de guerra*, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016. *Cfr.* Convenio de Ginebra I, artículo 50; Convenio de Ginebra II, artículo 51; Convenio de Ginebra III, artículo 130; Convenio de Ginebra IV, artículo 147, y Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, artículos 11 y 85.



derecho internacional humanitario contenidas en los mismos, las que son crímenes de guerra y respecto de las cuales puede ejercerse jurisdicción universal.⁴⁸ En perspectiva semejante, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 establece formal y solemnemente la imprescriptibilidad de dichos crímenes.⁴⁹

Los artículos 8.2.c y 8.2.e del Estatuto de Roma establecen las violaciones al derecho internacional humanitario consideradas como crímenes de guerra en el contexto de conflictos armados no internacionales.⁵⁰ Igualmente, el estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR indica en su Norma 156 que “[l]as violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra” y sostiene que es “una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales”.⁵¹

Respecto al ámbito material en el que son cometidos, el derecho internacional penal evolucionó al punto de considerar que el mismo no se reduce únicamente a los conflictos armados internacionales sino también a los no internacionales. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia resolvió en una decisión sin precedentes en el caso *Tadic*,⁵² que las violaciones graves del derecho internacional humanitario, conductas que constituyen crímenes de guerra, podrían ser cometidas en contextos de conflictos armados internacionales y no internacionales para que la violación constituyera una infracción

48 “El derecho penal de un Estado sólo se aplica, en general, a los actos cometidos en su territorio o por sus ciudadanos, pero el derecho internacional humanitario va más lejos. Impone a los Estados la obligación de buscar y castigar a todas las personas que hayan cometido infracciones graves, sin tener en cuenta la nacionalidad del infractor o el lugar donde se cometió el crimen. Este principio, llamado jurisdicción universal, es un elemento clave para garantizar la represión efectiva de las infracciones graves” CICR, *Represión penal El castigo de los crímenes de guerra*, *Op. cit.*

49 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, artículo 1.

50 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor: 1 de julio de 2002.

51 CICR, J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Op. cit.*, p. 643.

52 En cuanto a la cuestión concreta de la acción penal, y teniendo en cuenta la conclusión alcanzada por la Sala, Cassese señala que “una norma consuetudinaria ha surgido efecto. Sin embargo, parece plausible interpretar esta norma en el sentido de que solo se otorga a los Estados la *facultad* de buscar y llevar a juicio o extraditar a los presuntos autores de infracciones graves cometidos en conflictos armados no internacionales; la regla no va tan lejos como para imponer también a los Estados la *obligación* de buscar y juzgar o extraditar a los presuntos autores (como sucede en el caso de infracciones graves cometidas en los conflictos armados internacionales)” (T del A.). Antonio Cassese, *International Criminal Law*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 88.



grave de una norma de derecho internacional humanitario de naturaleza consuetudinaria o convencional, cuya violación implicara, bajo cualquiera de dichas naturalezas, la responsabilidad penal individual de la persona que violara tal regla. El Tribunal entendió que la gravedad de la infracción estaba dada por la violación de normas que protegieran valores importantes cuya infracción conllevara graves consecuencias para la víctima.⁵³

Al respecto, la doctrina ha entendido estos hechos como “graves violaciones de las normas consuetudinarias o convencionales que pertenecen al corpus del derecho internacional humanitario de los conflictos armados”.⁵⁴ Adicionalmente, para que dichas violaciones sean consideradas crímenes de guerra, es necesario que haya un vínculo entre las mismas y el conflicto armado, es decir, que sean cometidas en desarrollo y con ocasión del mismo. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, ha sostenido que dicho vínculo estrecho, entre el delito y el conflicto armado, se establece al verificar que este último haya tenido “un papel importante en la capacidad del perpetrador para cometer el delito, su decisión de cometerlo, la manera en que se cometió, o la finalidad para la cual lo cometió”.⁵⁵

1.2. Crímenes de lesa humanidad

Los antecedentes de los crímenes de lesa humanidad se remontan principalmente a la cláusula *Martens*, incluida en el preámbulo del Convenio sobre las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899, con el fin de complementar el término de los crímenes de guerra. En ella se previó que “[m]ientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.⁵⁶ Dicho término se consolidó en el derecho internacional durante los trabajos preparatorios del Estatuto del Tribunal

53 ICTY, The Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case N° IT-94-1-AR72, 2 October 1995. párrs. 94 y 143; Cfr. Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, second edition, Hart Publishing, 2008, p. 286.

54 A. Cassese, *Op. cit.*, p. 81.

55 ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgement, Case N° IT-00-39-T, 27 September 2006, párr.846 (T del A.).

56 Cfr. Rupert Ticehurst, *La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 31-03-1997.



de Nuremberg, refiriéndose a la sanción de las leyes de la humanidad, fundamentadas en alguna medida por la referida cláusula *Martens*, lo cual fue refrendado con la aprobación del referido Estatuto.⁵⁷

El artículo 7.1 del Estatuto de Roma hace un recuento de las acciones que, para efectos de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), constituirían crímenes de lesa humanidad cuando sean cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.⁵⁸ En el mismo sentido, la doctrina señala que estos crímenes constituyen “acciones que comparten una serie de características comunes: 1. Son delitos particularmente odiosos dado que constituyen atentados graves contra la dignidad humana o una humillación grave y degradación de una o más personas. 2. No son hechos aislados o esporádicos, sino que hacen parte de una práctica generalizada o sistemática de atrocidades que o bien forman parte de una política gubernamental o son tolerados, condonados o consentidos por el gobierno o por una autoridad de facto”.⁵⁹

El carácter “sistemático” o “generalizado” del ataque es un elemento común esencial para todos los crímenes de lesa humanidad cubiertos por el Estatuto.⁶⁰ Sin embargo, ni el Estatuto ni los elementos de los crímenes, desarrollan el significado de estos conceptos. La Corte Penal y los tribunales *ad hoc* lo han hecho en su jurisprudencia entendiendo el término

57 El artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 define los “crímenes contra la humanidad [como] el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”. Cfr. Julio Vives Chillida, *La Evolución Jurídica Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, 2003, pp. 340 y ss http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

58 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

59 A. Cassese, *Op. cit.*, p. 98.

60 Elementos de los Crímenes, ICC-ASP/1/3(part II-B), adopción 09.09.2002, entrada en vigor: 09.09.2002.



“generalizado” como “la naturaleza a gran escala del ataque y del número de personas objeto del mismo”.⁶¹ A su vez, han identificado el término “sistemático” como “la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia al azar”.⁶² Asimismo, han sostenido que “sistemático” y “generalizado” no son criterios acumulativos y que, por lo tanto, el ataque solo necesita satisfacer uno de los dos criterios.⁶³

Es relevante señalar que el ataque debe ser contra la población civil, dentro de la cual estarían comprendidos “civiles a diferencia de miembros de las fuerzas armadas y otros combatientes legítimos”.⁶⁴ Esto significa que durante los conflictos armados, los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y aquellos dejados *hors de combat* estarán comprendidos dentro de dicho término.⁶⁵ Finalmente, el Estatuto de Roma no requiere un nexo entre el conflicto armado y los ataques para que estos sean considerados como crímenes de lesa humanidad, por lo que pueden ser cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz.

Los órganos internacionales especializados en derechos humanos aplican en sus pronunciamientos una variedad de criterios respecto a lo que entienden por “graves violaciones de derechos humanos”. Ello conlleva a que dicha figura se use a menudo pero no se haya acordado un conjunto formal de criterios que la identifiquen. De acuerdo a ello, la seriedad de las violaciones podría estar determinada por diferentes criterios tales como “el tipo del derecho, la magnitud de la violación, el tipo de víctima (vulnerabilidad), y el impacto de la violación”.⁶⁶

61 ICC, PC I, No.: ICC-02/05-01/07. párr. 63. Ver también: ICC, PC I, *The Prosecutor v. al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, 2009, párr. 81; ICC, PTC III, No. ICC-02/11. Para. 53; ICTR, AC, *Nahimana, Barayagawiza and Ngeze*, 2007, párr. 920, y ICTY, AC, *Kordic and Cerkez*, Judgment. párr. 94 (T del A.).

62 *Ibíd.*

63 ICC, PTC, No. ICC-01/09, para.94; ICC, PTC I, ICC-01/04-01/07-717, para. 412; ICTY, AC, *Prosecutor v. Kunarac et al*, Judgment, para. 97; ICTR, AC, *Nahimana, Barayagawiza and Ngeze*, Judgment, para. 920.

64 ICC, PTC II, No. ICC-02/05-01/09, 2009, para. 82; ICC, PTC III, No. ICC-02/11, para. 33 (T del A.).

65 Esta interpretación concuerda con la posición adoptada por los tribunales *ad hoc*: ICTY, TC, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, 2005, para. 544; ICTR, TC, *Prosecutor v. Bisengimana*, 2006, para. 48; ICTR, TC, *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment, 1998, para. 582.

66 Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, 2014, pp. 34, 35 y 37 http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Briefing%20%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016 (T del A.).



Por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas ha “recorda[do] que la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional y que los tribunales internacionales, regionales y nacionales han reconocido que la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes forma parte del derecho internacional consuetudinario”.⁶⁷ Por su parte, la Corte Interamericana se ha referido a las graves violaciones de derechos humanos a lo largo de su jurisprudencia constante como todas aquellas conductas “prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” tales como “la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”.⁶⁸

Las graves violaciones a los derechos humanos pueden constituir asimismo, crímenes internacionales como crímenes de guerra o de lesa humanidad. Al respecto, la Asamblea General de Naciones Unidas ha señalado que “los actos de tortura en los conflictos armados son violaciones graves del derecho internacional humanitario y, a este respecto, constituyen crímenes de guerra, [asimismo] los actos de tortura pueden constituir crímenes de lesa humanidad”.⁶⁹ En igual sentido, ha “reconoci[do] que la práctica generalizada y sistemática de la desaparición forzada está contemplada en la Convención [Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas] como un crimen de lesa humanidad, según lo define el derecho internacional aplicable”.⁷⁰

2. Instrumentos internacionales

Con el fin de verificar en qué consisten las obligaciones estatales a nivel internacional en materia de investigación, juzgamiento y punición de los crímenes anteriormente referidos, se hará mención de algunos instrumentos normativos que constituyen la fuente de dichas obligaciones. El propósito de este apartado es demostrar que hoy en día algunos sectores alientan, sin sustento en el derecho internacional positivo, una suerte de “maximalismo punitivo” que asume que fijar penas altas y severas sería una obligación internacional, lo que no es sustentable.

67 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156, preámbulo.

68 Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo., *Op. cit.*, párr. 41; Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119; Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 182; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr.129, y Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 123.

69 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156, párr. 16.

70 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/69/169 *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 18 de diciembre de 2014, preámbulo.



Los tratados no establecen dicha directriz si bien sí establecen que los responsables de esos crímenes deben ser juzgados y condenados por ellos. De acuerdo a ello, una vez garantizadas las obligaciones de investigar y juzgar, surge el interrogante de si hay en el derecho internacional un marco preciso sobre el tipo de sanciones a aplicar para entender respetada la obligación de condenar a los responsables de dichos crímenes. Adicional a ello, ¿cómo podría entenderse cumplida dicha obligación cuando se trata de hacerlo en el contexto específico de la justicia transicional dentro del marco de una paz negociada?

2.1 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En el artículo 1 se establece que para efectos de la Convención,⁷¹ tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. Para que un acto sea considerado tortura, para efectos de la Convención, debe ser “infligido[...] por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. La Convención indica que “[n]o se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Este instrumento establece expresamente que los Estados parte tienen la obligación de tipificar como delito la tortura en su derecho interno,⁷² juzgar a los responsables,⁷³ investigar⁷⁴ y castigar⁷⁵ cualquier posible acto de tortura que podría haber ocurrido en su jurisdicción. La obligación de juzgar es manifiestamente clara en la Convención así como lo es la de

71 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

72 Artículo 4. 1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

73 Artículo 7.1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

74 Artículo 12. Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

75 Artículo 4. 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.



condenar. Al respecto, solo se señala que el castigo de dichos delitos debe hacerse “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”. No se hace referencia a la necesidad de imponer una pena específica, o algún criterio general como la “máxima pena” de acuerdo al derecho penal interno.

Lo anterior está en consonancia con lo sostenido por la Asamblea General de Naciones Unidas, la que ha “[c]ondena[do] toda medida o intento de los Estados o los funcionarios públicos para legalizar, autorizar o aceptar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en cualquier circunstancia, incluso por razones de seguridad nacional y de lucha contra el terrorismo o mediante decisiones judiciales, [y ha] insta[do] a los Estados a que en todos los casos aseguren la rendición de cuentas de los autores de tales actos”.⁷⁶ Asimismo, ha señalado que debe hacerse una investigación sin dilación y de manera efectiva e imparcial de las denuncias de dichos actos así como declarar responsables y poner a disposición de la justicia y castigar “con arreglo a la gravedad del delito” a quienes “fomenten, instiguen, ordenen, toleren, consientan o perpetren tales actos o manifiesten su aquiescencia al respecto”.⁷⁷

Asimismo, el Comité contra la Tortura, cuyo mandato es el de vigilar el cumplimiento de la Convención, ha señalado que los Estados Parte deben informarle de “las medidas adoptadas para investigar, castigar y prevenir nuevas torturas o malos tratos en lo sucesivo, prestando especial atención a la responsabilidad jurídica tanto de los autores directos como de los funcionarios que constituyen la cadena jerárquica, ya sea por actos de instigación, consentimiento o aquiescencia”.⁷⁸ Ha sostenido además que “[l]os Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación penal”.⁷⁹ En consonancia con ello, ha indicado que con “ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturados” los Estados Parte deben garantizar su protección “enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección [...]”.⁸⁰

Ahora bien, ¿qué ocurre con actos de tortura que son infligidos por actores distintos a agentes estatales?, ¿qué obligación surge respecto a los mismos? El Comité ha indicado

⁷⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/68/156, párr. 5.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 7.

⁷⁸ Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II), 2007, párr. 7.

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 8.

⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 21.



que “la obligación del Estado de impedir la tortura también se aplica a todas las personas que actúen, *de jure* o *de facto*”⁸¹ en su nombre o en colaboración o a instancia del mismo. Adicionalmente, en relación con los sujetos privados o agentes no estatales que perpetren actos de tortura o malos tratos, el referido Comité ha establecido que en los casos en los que las autoridades estatales “u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que [estos sujetos o agentes] perpetran [dichos actos] y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o agentes no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables”.⁸²

Por otra parte, el Comité ha sostenido en su Comentario General 2 una posición restrictiva con respecto al otorgamiento de las amnistías. Al respecto, ha señalado que las mismas “u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición”.⁸³ En adición a ello, ha indicado que “en el caso del crimen de tortura, la amnistía es incompatible con las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud de la Convención [y] consider[ó] que la amnistía en casos de tortura o malos tratos opone obstáculos inadmisibles a la víctima en su intento de obtener reparación y contribuye a un clima de impunidad. [P]or lo tanto, exhort[ó] a los Estados partes a que eliminen la amnistía en los casos de tortura o malos tratos”.⁸⁴

La situación es diferente, sin embargo, en toda esta reflexión cuando los actores de hechos que podrían ser tortura no sólo son agentes no estatales sino que proceden en contra del Estado porque son una fuerza rebelde o insurgente. En tal caso las cosas se desplazan a una situación jurídica distinta pues no serían actos cometidos por personas que obran en nombre o con la anuencia del Estado, sino todo lo contrario. Mal podría atribuirse al Estado responsabilidad por no ejercer “debida diligencia” para que integrantes de grupos armados opositores eventualmente no cometan actos asimilables a la tortura. En este aspecto de poco sirven los instrumentos internacionales de derechos humanos y estaríamos, más bien, ante situaciones que cubiertas por el derecho internacional humanitario.⁸⁵

81 *Ibíd.*, párr. 7.

82 *Ibíd.*, párr. 18; Comité contra la Tortura, Observación General N° 3, CAT/C/GC/3, 2012, párr. 7.

83 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, *Op. cit.*, párr. 5.

84 Comité contra la Tortura, Observación General N° 3, *Op. cit.*, párr. 41.

85 Al respecto, ver: ICTY, AC, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Judgment, Case IT-96-23 & IT-96-



2.2 Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas

El artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura,⁸⁶ tal como lo insinúa el nombre del tratado, dispone la obligación de prevenir y sancionar los actos de tortura, sin hacer mayor precisión sobre la extensión de dicha obligación. Es en el artículo 6 del mismo instrumento en el que se hace referencia a las medidas que los Estados deben tomar con el fin de satisfacer dicha obligación.

La Convención establece que los Estados Parte deben “asegurar[se] de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, [que dichos Estados] tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.⁸⁷ Aunado a ello, en el artículo 8 de la Convención se establece que ante la existencia de una denuncia por hechos de tortura, o que exista razón fundada para creer que ha ocurrido, “[las] respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”. Esta precisión de “severa” que se hace en el artículo 6 es única en calificar la condición de la pena ya que en los demás tratados internacionales no se constriñe al operador judicial de esa manera.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas⁸⁸ también contempla que los Estados “[s]ancion[en] a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de la comisión del mismo”. Similar al caso relativo a la tortura, la obligación estatal se ve calificada en el artículo III de la Convención, al disponer que el Estado debe adoptar las medidas legislativas necesarias “para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”. Dicha norma se ve reafirmada en su

23/1-A, 2002, para. 148; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of non-state actors in conflict situations*, International Review of the Red Cross, 2006, p. 505, y REDRESS, *Torture by Non State Actors*, 2006, p.20, <http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%209%20June%20Final.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016.

86 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Fecha de aprobación: 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor: 28 de Febrero de 1987.

87 Artículo 6, Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

88 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Entrada en vigor: el 28 de marzo de 1996.



artículo IV, al señalar que dichos hechos “serán considerados delitos en cualquier Estado Parte”. Aunado a ello, los artículos VI y VII reconocen la obligación del Estado de llevar a cabo un “proceso penal” en dichos casos.

Al respecto, en aplicación de dichos tratados, la Corte Interamericana señaló en los casos *Goiburú y Heliodoro Portugal* que “[e]l Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados”.⁸⁹

Particular relevancia tiene el caso *Heliodoro Portugal*, en el que al referirse a la proporcionalidad de la pena, la Corte determinó que:

“ha considerado que no puede sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno; sin embargo, también ha señalado que la respuesta de un Estado a la conducta ilícita de un agente debe guardar proporcionalidad con los bienes jurídicos afectados. En esta ocasión el Tribunal considera pertinente reiterar esta posición y recordar que los Estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, *la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado*” [énfasis añadido].⁹⁰

89 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 189.

90 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *Ibíd.*, párr. 203.



Tanto en el caso *Gelman*, sobre la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, como en el caso en el caso *Osorio Rivera*, sobre la desaparición forzada de Jeremías Osorio Rivera, la Corte estableció que “la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”.⁹¹

Adicionalmente, tanto en los mencionados casos como en el caso *García Lucero*, referente a actos de tortura cometidos en contra del señor García Lucero en Chile durante la época de la dictadura militar, la Corte afirmó que el deber estatal de investigar los hechos es de medio y no de resultado pero que a pesar de ello “debe ser asumid[o] por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. El Tribunal concluyó que al tener conocimiento de los hechos, las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* una investigación “orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y *eventual castigo* de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” [énfasis añadido].⁹² En el caso *García Lucero*, adicionalmente, la Corte estableció que dicho deber de investigar “se ve especificado y complementado por la Convención Interamericana contra la Tortura que, de conformidad a sus artículos 1, 6 y 8, impone los deberes de ‘realizar una investigación’ y ‘sancionar’, en relación con actos de tortura”. Además afirmó que en casos anteriores, ya había “aseverado el deber de los Estados de investigar o *procurar la ‘represión’* de ‘violaciones graves de derechos humanos’ tales como las torturas” [énfasis añadido].⁹³

Igualmente, en la última sentencia en la cual la Corte se refirió a la interpretación del artículo 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura, tampoco se desarrolló el tema de la “severidad” de la pena a ser impuesta en casos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, en el caso *Quispialaya Vilcapoma*, la Corte determinó que

91 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 183; *Cfr.* Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 177. Ver también: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 149.

92 *Cfr.* Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 122; Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 178; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párrs. 184 y 186.

93 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 121.



fueron perpetrados tratos crueles, inhumanos y degradantes en perjuicio de la víctima. El Perú realizó las investigaciones de dichos hechos con base en la disposición de su Código Penal correspondiente al delito de lesiones graves, que preveía una pena incluso mayor a la del delito de tortura en dicho cuerpo normativo. En este sentido, la Corte notó que “un caso que encuadre en el [segundo párrafo del artículo que prevé el delito de lesiones en el Código Penal peruano] puede resultar en una pena tan severa como un caso de tortura”. La pena correspondiente a la tortura en Perú era de 5 a 10 años, mientras que la correspondiente a lesiones en perjuicio de un militar, como eran los hechos del caso, podría llegar a ser en algunas circunstancias hasta de 6 a 12 años. Al respecto, la Corte determinó que el Estado no había transgredido el artículo 6 de la referida Convención, ya que dicho tratado no preveía la necesidad de tipificar el delito de tratos crueles e inhumanos, a diferencia del de tortura; y que el delito de lesiones, tal como estaba tipificado en el ordenamiento jurídico peruano, podría “resultar igualmente relevante que uno por tortura desde el punto de vista punitivo” lo cual “no viola *per se* la obligación de prevenir y sancionar los tratos crueles, inhumanos o degradantes”.⁹⁴

En el caso *Osorio Rivera*,⁹⁵ la Corte sostuvo que, con base en el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, los Estados Parte se comprometen a sancionar a los responsables de desaparición forzada en el ámbito de su jurisdicción. El Tribunal sostuvo que esto es consecuente con la obligación de respetar y garantizar los derechos dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dado que, como parte de esta obligación, los Estados deben “[p]revenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de *imponerles las sanciones pertinentes* y de asegurar a la víctima una adecuada reparación” [énfasis añadido].⁹⁶

Finalmente, tanto en el caso *Gelman* como en el caso *Osorio Rivera*, la Corte sostuvo que por tratarse de una violación grave de derechos humanos, y en consideración del carácter

94 Cfr. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párrs. 230 a 239.

95 El caso *Osorio Rivera* fue el último caso, al momento de presentación del presente trabajo de investigación, en el cual la Corte valoró la obligación de sancionar prevista en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Posteriormente, la Corte se refirió a dicho tratado y a la Convención Interamericana contra la Tortura en el caso de la *Comunidad Santa Bárbara*, pero solo en su dimensión de obligación de investigar dichos hechos. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 269.

96 Cfr. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *Op. cit.*, párr. 114.



permanente o continuo de la desaparición forzada cuyos efectos no cesan mientras no se establezca el paradero de la víctima o se identifiquen sus restos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación.⁹⁷

El Pacto no prevé expresamente la obligación de enjuiciar. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos, órgano que supervisa la aplicación de este instrumento por sus Estados Partes, ha interpretado que dicha obligación se encuentra incorporada en el Pacto.⁹⁸ Por otra parte, en relación con las amnistías, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General 20, las describe como “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”.⁹⁹ Adicionalmente, el Comité se ha opuesto en algunas ocasiones al otorgamiento de amnistías al finalizar conflictos armados en tanto ha considerado que en esos casos, las amnistías impidieron la investigación y el castigo de los responsables de los hechos cometidos.¹⁰⁰

97 *Ibíd.*, párr. 244. Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párrs. 253 y 254.

98 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 2004, párr. 8.

99 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 20, *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), 1992, párr. 15.

100 Ver por ejemplo: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párr. 9. “El Comité deplora que no se hayan seguido sus recomendaciones relacionadas con las Leyes de amnistía de 1995 y reitera que éstas *impiden la investigación y castigo de los autores de delitos cometidos en el pasado*, violando el artículo 2 del Pacto. El Comité se encuentra profundamente preocupado por las recientes informaciones que dan cuenta del auspicio del Gobierno a una nueva ley de amnistía general como condición previa para la realización de elecciones. El Comité recomienda nuevamente al Estado Parte la revisión y revocación de las Leyes de amnistía de 1995 que contribuyen a crear una atmósfera de impunidad. El Comité insta al Estado Parte a que se abstenga de adoptar una nueva ley de amnistía” [énfasis añadido].

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, El Salvador, U.N. Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003), párr. 6. “El Comité reafirma su preocupación por la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 y por la aplicación de esta ley a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad. Al tiempo que toma nota de la posición del Estado parte, que considera que la Ley de Amnistía General es compatible con la Constitución de El Salvador, el Comité considera que dicha ley vulnera el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que *impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos, y que se proporcione reparación a las víctimas*. El Comité reitera sus observaciones finales adoptadas el 8 de abril de 1994, en las cuales recomienda que se vuelva a



En la Observación General 31, el Comité expresó que la falta de sometimiento a la justicia de los autores de violaciones tales como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares, la ejecución sumaria y arbitraria y la desaparición forzosa, podía constituir por sí misma una violación separada del Pacto. Por consiguiente, el Comité sostuvo que violaciones como las descritas acarrearían la responsabilidad personal de sus autores y esta no podría ser eximida “como ha ocurrido con determinadas amnistías”. Adicionalmente señaló que “[o]tros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse”.¹⁰¹ Sin embargo, por ejemplo Seibert-Fohr sostiene que “no está claro lo que significa la responsabilidad personal en este contexto. Si esta requiere la sanción penal, entonces no hay opciones para las amnistías. Pero podría decirse que también hay medidas alternativas para encontrar a los perpetradores personalmente responsables sin sanción penal, por ejemplo, una investigación combinada con una amnistía individualizada previa confesión. Si una amnistía acompañada de medidas alternativas estrictas para lidiar con el pasado puede ser aceptada, se verá en el futuro”.¹⁰²

2.4 Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma es un tratado *sui generis* al respecto, ya que además de identificar delitos prohibidos en el derecho internacional, le otorga jurisdicción a la CPI, en determinadas circunstancias, para juzgar a los perpetradores de los delitos contenidos en dicho tratado. Dichos delitos son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra.

En el Estatuto de Roma, sin embargo, no se prevé una obligación expresa de juzgar y sancionar a los perpetradores de dichos delitos. No obstante, dicha obligación está implícita detrás del principio de subsidiariedad de la CPI. En efecto, el preámbulo del Estatuto dispone que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Igualmente, prevé que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Aunado a ello, el Estatuto señala que la CPI “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

examinar los efectos de la Ley de Amnistía General y que se enmiende esta ley para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe respetar y garantizar la aplicación de los derechos reconocidos en el Pacto” [énfasis añadido].

101 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, *Op. cit.*, párr. 18.

102 Anja Seibert-Fohr, *prosecuting serious human rights violations*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 48.



En cualquier caso, en el propio Estatuto se estipula que si así lo aconseja “el interés de la justicia” la propia Corte puede abstenerse de actuar en casos en los que la misma tiene competencia. Así, por ejemplo, en el artículo 53.1 se establece gruesa discrecionalidad para el fiscal en lo que atañe al inicio de una investigación precisándose que, aún tratándose de crímenes graves el Fiscal puede decidir, “en interés de la justicia”, no iniciar una investigación.

El Estado se encuentra obligado, conforme al preámbulo del Estatuto de Roma, a juzgar penalmente las conductas señaladas, con el fin de que no queden sin castigo las mismas. En la medida de que el Estado incumpla con dichas obligaciones, la CPI podría tener jurisdicción sobre dicho delito para juzgar y sancionar al perpetrador. Al respecto, los artículos 77¹⁰³ y 78¹⁰⁴ del Estatuto de Roma, establecen las penas aplicables por la CPI y la imposición de las mismas.

Sobre cómo opera el “interés de la justicia” y la discrecionalidad del ministerio público de un Estado soberano es, en este aspecto, un asunto importante a dilucidar y que, de hecho legítima ciertas rutas de la justicia transicional.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana

A diferencia de otros sistemas de derechos humanos, el Interamericano se ha enfrentado de manera más recurrente a casos de violaciones de derechos humanos en contextos de procesos transicionales de dictaduras y otras variantes de autoritarismo a democracias. Varios de estos casos han implicado auto-amnistías que ponen en peligro el derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación, y pueden conducir a la impunidad de los actos cometidos. Esta puede ser una de las razones por las cuales el Sistema ha mantenido una jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de estas medidas, y otras análogas, con las obligaciones de los Estados Parte de los instrumentos interamericanos.

103 Artículo 77 Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

104 Artículo 78 Imposición de la pena. 1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.



Aunado a ello, no puede pasarse por alto que en esa jurisprudencia constante, la uniformidad en el razonamiento y en las conclusiones de la Corte han atendido específicamente a las particularidades de las situaciones nacionales de los casos bajo estudio. Así, si se revisan retroactivamente las distintas decisiones que ha tomado la Corte en su jurisprudencia respecto a las amnistías referidas a graves violaciones a los derechos humanos, todos los casos, desde *Barrios Altos* hasta *Gelman*, se refieren a situaciones de regímenes autoritarios o dictatoriales y/o a amnistías que abarcan la comisión de delitos tales como graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, o auto amnistías.¹⁰⁵

En efecto, con relación a la amnistía analizada por la Corte en relación con el Perú en el caso *Barrios Altos*, su análisis se refiere a la prohibición de aplicar amnistías a graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos,¹⁰⁶ y al conflicto entre la Convención Americana y las leyes de “auto-amnistía” dictadas en 1995.¹⁰⁷

Al referirse al caso de Uruguay, la Corte estableció que la Ley de Caducidad atendía a la transición de un régimen dictatorial que se perpetuó hasta 1985,¹⁰⁸ y su razonamiento se limitó a los hechos relacionados a la desaparición forzada de las víctimas de dicho caso. Al respecto, en dicha sentencia la Corte determinó que “[l]a forma en la que [...] ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad [...] ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referida a la desaparición forzada de María Claudia García y María Macarena Gelman”.¹⁰⁹ Por ello, la Corte determinó la responsabilidad internacional de Uruguay por la aplicación de la referida ley que impidió la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los perpetradores de las desapariciones forzadas cometidas en perjuicio de las víctimas.¹¹⁰

Análisis similar aplicó al decreto ley de auto-amnistía de Chile, valorado principalmente en el caso *Almonacid Arellano*, donde la Corte determinó que dicho decreto, dictado por las

105 Al respecto, ver por ejemplo: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Op. cit.*; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162*; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, y Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.* Al respecto, ver también: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párrs. 3 a 9.

106 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo., Op. cit.*, párr. 41.

107 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo., Op. cit.*, párr. 43.

108 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 45.

109 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 230.

110 Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones., Op. cit.*, párr. 240.



autoridades militares a su favor, era contrario a la Convención.¹¹¹ Igualmente, el caso de Brasil se refirió a las amnistías aplicadas a favor de los perpetradores de desapariciones ocurridas durante el régimen dictatorial que cesó en 1985.¹¹² En dicho caso, la Corte determinó que dichas disposiciones de amnistía eran incompatibles con la Convención pues impidieron “que los familiares de las víctimas [...] fueran oídos por un juez”.¹¹³

A diferencia de los casos referidos, en el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*,¹¹⁴ la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las amnistías otorgadas en el contexto de una paz negociada entre el gobierno de El Salvador y el FMLN para dar fin al conflicto armado no internacional que vivió El Salvador.¹¹⁵ En este sentido, fue un caso con un contexto distinto al de los anteriores pues no estaba relacionado con amnistías otorgadas en el tránsito de una dictadura a una democracia, o por regímenes con el fin de protegerse de una investigación de los hechos ocurridos.

Tal como detalla el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el Caso *Masacres de El Mozote*, es un contexto “distinto del que precedió a las demás leyes de amnistía a las que se ha referido la jurisprudencia de la Corte. Por ello el análisis y razonamiento del Tribunal tiene, como se ha dicho, particularidades que lo llevaron a incorporar elementos del Derecho Internacional Humanitario produciendo una interpretación armónica con las obligaciones establecidas en la Convención Americana en orden a evaluar jurídicamente la amnistía en un contexto como ese”.¹¹⁶

111 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Op. cit.*, párr. 122.

112 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, párr. 120.

113 Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, párr. 172.

114 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*

115 Previo a El Salvador, la Corte Interamericana ha tenido que referirse a un contexto de paz negociada derivada de un conflicto armado no internacional en el caso guatemalteco. No obstante, allí la Corte realizó consideraciones únicamente sobre la eventual aplicación de las amnistías contenidas en la Ley de Reconciliación Nacional, y no se refirió a la compatibilidad o no de dicha Ley con la Convención. Ver también: Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*, párrs. 83 y 131. Al respecto, ver también: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 10.

116 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas., Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 16.



En su sentencia, la Corte hizo referencia a qué fue lo que las partes en conflicto negociaron, cómo lo negociaron, el proceso mediante el cual decidieron que las graves violaciones a los derechos humanos debían ser analizadas por una Comisión de la Verdad y que las conclusiones y recomendaciones que ella arrojara serían vinculantes y tendrían que ser cumplidas.¹¹⁷ Incluso, la Corte tomó en cuenta que la Ley de Reconciliación Nacional de 1992 preveía que las amnistías dispuestas no serían brindadas a quienes “según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1 de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso”.¹¹⁸ Los términos de dicha norma parecieran atender a las previsiones del artículo 6.5 del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra.

No obstante ello, El Salvador se separó de dicha norma en 1993 al dictar la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, en la que se concedían las amnistías generales que generaron la responsabilidad internacional estatal, al no ser conformes a una interpretación armónica entre la Convención Americana y el referido Protocolo II.

En el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños* la Corte reiteró que resultan inadmisibles las:

“amnistía[s], las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” [énfasis añadido].¹¹⁹

Con posterioridad a ello, el Tribunal interamericano determinó que “la sanción de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz contravino expresamente lo que las

117 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 270.

118 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 274.

119 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 283. *Cfr.* Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172; Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 174; Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo.*, *Op. cit.*, párr. 41, y Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.*, *Op. cit.*, párr. 225.



propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de hostilidades”.¹²⁰ La Corte enfatizó que “la lógica del proceso político entre las partes en conflicto [...] imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de ‘la actuación ejemplarizante’ de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”.¹²¹ Sin embargo, una vez emitido el informe de la Comisión de la Verdad, se dictó la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que:

“concedió una amnistía de carácter general y absoluta que amplió la posibilidad de impedir la investigación penal y la determinación de responsabilidades a aquellas personas que hubieran participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario durante el conflicto armado interno, incluidos aquellos casos ejemplarizantes determinados por la Comisión de la Verdad”.¹²²

Al realizar su análisis, la Corte tuvo presente el contexto específico en el que se encontraban enmarcados los hechos del caso, esto es, en el contexto de una paz negociada para dar fin a un conflicto armado no internacional. Por consiguiente, el Tribunal hizo uso del derecho internacional humanitario como herramienta de interpretación de la compatibilidad de la Ley de Amnistía con las obligaciones generales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su aplicación en el caso concreto.¹²³

En este sentido, la Corte se refirió a las amnistías dispuestas en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra (*supra*, cap. III) y sostuvo que dicho artículo “está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad”.¹²⁴ El

120 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 290.

121 *Ibíd.*

122 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 291.

123 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 284.

124 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 284. Ver también: Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 17.



Tribunal interamericano sostuvo que en razón de lo dispuesto en el artículo 6.5 del Protocolo II, “se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los [referidos] conflictos [...] para posibilitar el retorno a la paz”.¹²⁵ La Corte también sostuvo que “esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”.¹²⁶

En su decisión, la Corte encontró incompatibles con la Convención Americana las disposiciones de la referida Ley y que:

“carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador”.¹²⁷

En la mayoría de los casos en los que la Corte ha conocido de situaciones de graves violaciones de derechos humanos en contextos “transicionales” lo ha sido en tránsitos de dictaduras o autoritarismo a democracias. El Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños* sobre El Salvador (2012) fue diferente en tanto durante las negociaciones de paz entre las partes en la transición negociada de un conflicto armado no internacional a tiempos de paz “no se hizo alusión a amnistía alguna”.¹²⁸ Por el contrario, se constató que “la lógica del proceso político entre las partes en conflicto [...] imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de ‘la actuación ejemplarizante’ de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones a derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad”.¹²⁹

En ese caso la Corte abrió un razonamiento jurisdiccional distinto ateniendo a considerar relevante lo que las partes pudieran haber concordado en materia de asuntos como el

125 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 285.

126 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 286.

127 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 296.

128 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 287.

129 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*, párr. 288.



tratamiento a las pasadas violaciones y crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado. El hecho que la Corte haya destacado no solo la importancia de la voluntad y decisión de las partes sino también la aplicación del derecho internacional humanitario y, específicamente, de la norma contenida en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II, permite constatar que la respuesta de la Corte frente a las pasadas violaciones cuando se trata de contextos de conflicto armado no internacional contiene elementos de análisis sustancialmente diferentes y novedosos. Dentro de este enfoque distinto, como es natural, se analiza el tema de la amnistía en este caso pero las mismas herramientas tendrían validez y enorme utilidad para considerar otras medidas tales como reducción de penas, libertad previa confesión de los hechos y reparación de las víctimas, u otras medidas de transición que impliquen, ya sea penas privativas de la libertad menores o diferentes a las que habrían de haber tenido en otras situaciones los perpetradores de los mismos delitos en la justicia ordinaria.

Cabe advertir que, teniendo en cuenta lo ordenado por la Corte en la sentencia en el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador declaró en julio del 2016 la inconstitucionalidad de la referida Ley de Amnistía, porque la amplitud contenida en su texto viola, el derecho al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, y al derecho a la reparación integral de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.¹³⁰ En dicha sentencia, dicho Tribunal valoró la Sentencia de la Corte Interamericana señalando que ésta no desconoce “el derecho soberano que tienen los Estados de decretar amnistías en situaciones de postconflicto armado”.¹³¹ Aunado a ello, la Sala de lo Constitucional señaló que:

“Cabe recordar que el citado artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, derogado por la Ley de Amnistía de 1993, dispone en su inciso primero que: “No gozarán de esta gracia las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1° de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso”.

De esta forma, al derogarse “especialmente” el art. 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, se pretendió eliminar la excepción al ámbito de aplicación de la amnistía, que la hacía compatible tanto con el contenido de los Acuerdos de Paz como con las obligaciones constitucionales e internacionales, consistentes en el deber del Estado de investigar y sancionar los graves crímenes sucedidos en el conflicto armado contra la población civil y atribuidos a ambas partes.

130 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 44-2013/145/2013, 13 de julio de 2016, p. 41.

131 *Ibíd.*, p. 14.



Como efecto de esta decisión, en particular, el citado art. 6 inc. 1° de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, recobrará su vigencia, en cuanto a excluir del ámbito de aplicación de la amnistía, los hechos y las personas investigados en el Informe de la Comisión de la Verdad.¹³²

Obligación de condenar como componente de la justicia transicional

En las secciones anteriores se ha hecho referencia a los diversos componentes de la justicia transicional, así como al estímulo al uso de las amnistías estipulada en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra como una herramienta de transición en los procesos de paz que buscan dar fin a un conflicto armado no internacional. También se mencionaron las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad, graves violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra, establecidas en distintos instrumentos internacionales para sus Estados Parte. El propósito de este apartado es demostrar que los tratados no establecen un maximalismo de justicia penal punitiva si bien sí establecen que los responsables de las acciones en ellos abordadas deben ser juzgados y condenados por las mismas.

En primer lugar vale la pena mencionar que no hay un proceso de justicia transicional que sea perfecto, en el que se satisfagan plenamente todos los elementos que estén en juego pues es muy posible que remanezcan frustraciones en diferentes sectores sobre las medidas adoptadas para que la sociedad realice su proceso de transición. Al respecto, se ha señalado que:

“En este contexto, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, deben ser entendidos como interdependientes. Solo la aplicación integrada de medidas en favor de las víctimas en todos esos ámbitos pueden conseguir resultados eficaces y concordantes con el ordenamiento interamericano de derechos humanos. Así, la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, sólo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones”.¹³³

132 *Ibíd.*, pp. 32 y 33.

133 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 23.



Si bien no se aspira a un proceso perfecto y sin defectos, sí es relevante que estos no sean de tal envergadura que supongan el incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar.

De acuerdo a lo expuesto, es claro que existe la obligación de enjuiciar y castigar a los autores de las conductas delictivas descritas. La obligación de enjuiciar es entendida como la acción que cubre el proceso que comienza con la investigación imparcial y efectiva de los delitos presuntamente cometidos y que continúa con un juicio en el que se respeten las garantías judiciales respectivas. Surge entonces la difícil tarea de buscar un equilibrio que permita que se investigue, juzgue y sancione pero que se haga en un tiempo óptimo. La duración de la etapa del juicio es de suma importancia tanto para las víctimas como para los imputados pues las primeras buscan encontrar la verdad sobre lo ocurrido y que se haga justicia, y los segundos el respeto de sus garantías procesales.

Por otra parte, una vez garantizadas las obligaciones de investigar y juzgar, surge el interrogante de qué tipos de sanciones deben establecerse para entender respetada la obligación de condenar a los responsables de dichos crímenes. Adicional a ello, se plantea también la pregunta sobre cómo podría entenderse cumplida dicha obligación cuando se trata de procesos dentro de un contexto de justicia transicional pues la condena que se imponga es también relevante para efectos de la transición misma.

Ahora bien, no es un tema irrelevante la interpretación sobre el contenido de la estipulación de investigar y sancionar. ¿Se infiere, acaso, un contenido de cuáles y cómo deberían ser las penas? Así, *contrario sensu*, de no aplicarse las penas más altas y restrictivas ¿se estaría incumpliendo con la obligación estatal de condenar? Esta obligación general surge ya sea del texto de los tratados o de la interpretación que de los mismos han hecho los órganos encargados de interpretarlos. Como se verá a continuación, algunos dan luces sobre requisitos que la condena debe cumplir pero no se hace referencia específicamente al tipo de pena a aplicar.

Según lo descrito previamente (*supra*, V.2.A), para efectos de la Convención contra la Tortura, el Comité ha entendido que el enjuiciamiento y castigo de los responsables de actos de tortura o malos tratos hace parte de la reparación de la que deben ser acreedoras las víctimas. Asimismo, ha sostenido que los Estados deben tipificar y castigar el delito de tortura. Sin embargo, el Comité no ha señalado qué tipo de castigo deben tener quienes podrían ser autores de dichos delitos. La Convención solo afirma que debe haber condenas pero no queda establecido qué se entendería por “adecuadas”, indicándose únicamente que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito y afirmándose la gravedad especial



de la tortura.¹³⁴ Adicional a ello, el Comité ha hecho la salvedad de que las amnistías serían un obstáculo para el juzgamiento y condena e infringirían el carácter imperativo de la prohibición.

En relación con la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido clara que en casos de graves violaciones a derechos humanos no debe recurrirse a amnistías, se debe realizar una investigación y determinarse las responsabilidades penales del caso que deberán ser acordes con la gravedad de los delitos que se estén juzgando. Ahora bien, ¿qué tan grave y onerosa tiene que ser la pena para que se satisfaga el requisito de sancionar?

La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que si bien la persecución penal es una vía fundamental, los Estados tienen la potestad de definir las sanciones correspondientes siempre que las mismas guarden proporcionalidad con los bienes jurídicos que se afectaron. Esa proporcionalidad requiere que las sanciones contribuyan a prevenir la impunidad y que se tengan presentes factores como la naturaleza del delito y la participación y culpabilidad del acusado. Por ejemplo, sobre la proporcionalidad de las penas, la Corte sostuvo en su resolución de supervisión de cumplimiento del *Caso Barrios Altos Vs. Perú* de 2012 que:

“[s]i bien aún en casos de graves violaciones a los derechos humanos el derecho internacional admite que ciertas circunstancias o situaciones puedan generar una atenuación de la potestad punitiva o la reducción de la pena, como por ejemplo la colaboración efectiva con la justicia mediante información que permita el esclarecimiento del crimen, el Tribunal considera que el Estado deberá ponderar la aplicación de tales medidas en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad”.¹³⁵

En nuestra opinión, en los casos de procesos de transición a la paz negociada desde un conflicto armado no internacional, de estos criterios no deben desprenderse penas determinadas –o necesariamente “altas”– sino que, para que se considere que los Estados cumplen con la obligación contenida en los tratados y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte, la naturaleza de las sanciones que se apliquen debe estar en consonancia y ponderación con las demás medidas de justicia transicional que se adopten.

Es decir, los procesos que se inicien y las sanciones que en su caso se determinen, deben estar en sintonía con otras respuestas y medidas tales como los reconocimientos de

134 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, *Op. cit.*, párr. 11.

135 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.*, *Op. cit.*, Considerando 57.



responsabilidad, aportar verdad sobre los hechos producidos, colaborar con las autoridades en la recuperación de los restos mortales de los desaparecidos, indemnizar a las víctimas, entre otras. Además, aun cuando la justicia penal debe buscar efectivizar satisfactoriamente la actividad orientada a investigar y esclarecer los hechos, la identificación de las responsabilidades individuales, y la aplicación de sanciones proporcionales a la gravedad de las violaciones, “si se dificulta la concreción de la sanción penal, los otros componentes no deberían verse afectados o diferidos”.¹³⁶

Así, como se señaló, si únicamente se buscaran penas altas y carcelarias para los perpetradores, podrían ponerse en riesgo las posibilidades reales de alcanzar y concretar una paz negociada a través de acuerdos que permitan una transición real de la guerra a la paz, y abrir una ruta de reconciliación. Como es evidente una perspectiva que se limite a reducir penas para unos y aplicar amnistías para otros, sin otras medidas transicionales paralelas y articuladas, estaría desconociendo los derechos de las víctimas y de la sociedad misma a una reparación efectiva de las conductas delictivas realizada. Esto dificultaría la viabilidad y estabilidad de un orden posterior al conflicto armado pues se habrían omitido elementos esenciales para la viabilidad de aquel y su sostenibilidad en el tiempo. Es por ello que, en los contextos de conflictos armados no internacionales en los que se busca el fin de los mismos a través de acuerdos de paz, resulta de gran relevancia la aplicación conjunta de una serie de medidas de justicia transicional en procura de la ponderación de diferentes intereses en juego, sin perder de vista, por cierto, la prioridad de los derechos de las víctimas.

Así, se ha señalado que “[e]sta armonización debe hacerse a través de un juicio de ponderación de estos derechos en el marco propio de una justicia transicional. En este sentido pueden plantearse, por cierto, particularidades y especificidades de procesamiento de estas obligaciones en el contexto de una paz negociada. Por ello, los Estados deben ponderar en este tipo de circunstancias el efecto de la justicia penal tanto sobre los derechos de las víctimas como sobre la necesidad de terminar el conflicto. Pero, para ser válidas en el derecho internacional, tendrían que atenerse a ciertos estándares básicos orientados a lo que puede procesarse y concretarse de varias formas, incluyendo el papel de la verdad y la reparación”.¹³⁷

Ahora bien, los Estados definen el nivel de severidad de las sanciones teniendo por objetivo tutelar de una mejor manera los bienes jurídicos protegidos. Pero deben ejercer esa potestad

136 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 28.

137 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.*, *Op. cit.*; Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, *Op. cit.*, párr. 27.



de forma tal que no vulneren otras normas a las que estén obligados. En este sentido, podría concluirse que la obligación a la que se han comprometido los Estados miembros de estos instrumentos internacionales es a que, en caso de condena, se dicten penas “adecuadas”, lo que es interpretable en función de la naturaleza de los respectivos procesos de investigación y sanciones que se dicten. No se exige, pues, que sean sanciones necesariamente ominosas pero sí que los Estados se abstengan de figuras eximentes de responsabilidad que excusen *in genere* el cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar los crímenes graves.

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de lo señalado previamente puede colegirse que el Comité ha tenido una interpretación restrictiva del uso de las amnistías. La misma, sin embargo, no apunta necesariamente a una proscripción absoluta de las mismas –lo que sería contrario al derecho internacional– sino que sugiere un análisis caso por caso de la concesión que de ellas se haga. Además, el Comité no establece qué tipo de castigos deben recibir quienes sean encontrados responsables de los hechos bajo investigación.

El Estatuto de Roma, por otra parte, es un código penal internacional y, como tal, establece las penas que podrán ser impuestas por la CPI. Ello difiere de los demás tratados analizados en tanto en ellos no se determina en forma específica las sanciones para los actos allí descritos y se deja al Estado la definición de las mismas. Así, para efectos de la CPI, en el Estatuto sí se establecen las penas en tanto se trata de un sistema penal internacional en el que se busca establecer la responsabilidad penal individual de quienes están siendo juzgados por la presunta comisión de crímenes dentro de la jurisdicción de la CPI. Estos delitos, como el mismo preámbulo del Estatuto lo señala, son los crímenes más graves de trascendencia internacional.

Al respecto, vale la pena resaltar que la Corte Penal no es un eslabón de justicia transicional sino un sistema penal complementario y supletorio de la justicia nacional. Ello no es una acotación estrictamente formal, sino que implica que la jurisdicción y la competencia sobre todas estas materias y los criterios son, en principio, de competencia de los tribunales nacionales. En este sentido, el Fiscal Adjunto de la CPI ha sostenido que “[u]na situación de justicia transicional sólo activa el mandato de la Fiscalía de la CPI si las autoridades del Estado en cuestión no están realmente llevando a cabo procesos por [los] crímenes [internacionales]”.¹³⁸

Al ser un proceso esencialmente político en el que se insertan diversos elementos jurídicos, la justicia transicional contribuye con perspectivas e ingredientes en temas fundamentales

138 James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2015, pág. 5, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016. Cfr. Artículo 17 del Estatuto de Roma.



como el componente penal. Esto implica, por consiguiente, que quienes conocen de este tipo de delitos a nivel interno no se vean obligados a aplicarles las mismas sanciones penales y enfoques que determina la Corte Penal Internacional para estos crímenes cuando los procesa y se pronuncia respecto a ellos. La que, por lo demás, puede determinar, como lo dispone el Estatuto de Roma, no conocer ciertos casos sobre hechos graves “en interés de la justicia” así como priorizar y seleccionar casos. En esta perspectiva, sería contradictorio exigirles ese estándar a los mecanismos nacionales que se creen o que asuman el conocimiento de dichos delitos en contextos transicionales, pues deberían poder recurrir a un enfoque flexible que tenga en cuenta no sólo el contexto de la transición sino también otras medidas de justicia transicional en concordancia y sintonía con las de investigación y eventual sanción.

No serían disonantes penas diferentes a las “clásicas” que pudieran ser incorporadas en el modelo transicional que se construya, como lo serían, por ejemplo, la reducción de penas, la suspensión de su ejecución en distintos supuestos como la confesión, la imposición de penas alternativas y otras formas de reponer el daño producido. Ello claro está, siempre y cuando la imposición de esas penas diferentes no sea un acto aislado sino que sea parte de un conjunto mayor de medidas y políticas que atiendan las variadas necesidades de las víctimas en materia de justicia, verdad y reparación. Impuestas así, estas penas, como un componente de variadas medidas de transición, no equivalen a “impunidad” sino que pueden ser valiosas herramientas que faciliten la negociación que se esté haciendo para la transición hacia la paz y, al mismo tiempo, satisfagan la exigencia de la obligación de sancionar previa realización de una investigación y juzgamiento de los responsables.

Al respecto, el Fiscal Adjunto de la CPI, refiriéndose a tales medidas en el contexto colombiano, sostuvo:

“[s]i bien el Estatuto de Roma contiene disposiciones relativas a las penas en los procesos ante la CPI, no prescribe un tipo o duración específicos de las condenas que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI. En materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad. El derecho interno solamente debe llevar adelante investigaciones, enjuiciamientos y sanciones que apoyen el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma –poner fin a la impunidad por crímenes de atrocidad masiva. Por consiguiente, las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas. Sin embargo, deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores”.¹³⁹

139 *Ibíd.*, págs. 10 y 11.



Otro punto importante es la priorización de casos y la selección de los mismos. A nivel de la CPI, la Fiscalía ha sostenido, con base en el Estatuto, la priorización de los casos en los que los presuntos perpetradores sean los mayores responsables.¹⁴⁰ Sin embargo, de acuerdo a l Plan Estratégico de la Fiscalía de 2012 a 2015, “[e]l estándar probatorio necesario para probar la responsabilidad penal de los más responsables, podría obligar a la Fiscalía a cambiar su enfoque debido a las limitaciones en las posibilidades de investigación y/o la falta de cooperación”. Según dicho Plan, sería necesario comenzar un poco más abajo en la cadena de mando, investigando y procesando a algunos presuntos perpetradores que tengan rangos medios y altos “con el fin de tener una oportunidad razonable para condenar a los más responsables”. Se consideró igualmente importante “la persecución de los autores de niveles inferiores, cuando su conducta haya sido especialmente grave y haya adquirido una amplia notoriedad”.¹⁴¹

Esto último guarda relación con lo sostenido por la Sala de Apelaciones de la Corte Penal en el entendido que “el Preámbulo del Estatuto de Roma menciona ‘delitos más graves’, pero no ‘autores más serios’”. En este sentido, la Sala destacó que el Preámbulo hace referencia a *autores* y a *los responsables de crímenes internacionales*, no ha *autores más responsables*. La Sala concluyó afirmando que si “[l]os redactores del Estatuto hubieran tenido la intención de limitar su aplicación solo a los más altos dirigentes sospechosos de ser más responsables, podrían haberlo hecho expresamente”.¹⁴²

Ahora bien, es importante añadir entonces que no todos los que participaron en el conflicto armado pueden -o deben- ser objeto de las mismas medidas de justicia transicional, ni todas las víctimas están esperando el mismo tipo de reparación. Un equilibrio entre ambos aspectos es necesario tanto para lograr la transición como para impedir que se generen o resurjan las condiciones que conllevaron a la situación anterior.¹⁴³ Para algunas de las víctimas, la obtención de la verdad sobre lo ocurrido, los reconocimientos de responsabilidad por parte de los perpetradores, el pedir perdón por los actos cometidos y/o la participación

140 Ver por ejemplo: ICC, The Office of the Prosecutor, - *Strategic Plan June 2012 – 2015*, Report on Prosecutorial Strategy, 24.10.2013, párr. 11.

141 ICC, The Office of the Prosecutor, - *Strategic Plan June 2012 – 2015*, *Op. cit.*, párr. 22.

142 ICC, Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Under Seal Ex parte, Prosecutor only, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, No. ICC-01/04, July 2006. Párr. 79 (T del A.).

143 Cfr. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-law tools for post-conflict states Reparations programmes*, United Nations New York and Geneva, 2008.



de estos en el resarcimiento económico del perjuicio causado serán más significativos que obtener una pena carcelaria alta para los perpetradores de los actos sufridos.

Al mismo tiempo, para los perpetradores, la obtención de una sanción distinta a la descrita puede ser razón suficiente para participar en el proceso de transición en forma activa, pedir perdón a las víctimas, contar la verdad sobre lo sucedido y entregar o devolver bienes con el fin de utilizarlos para cubrir los daños causados. En consonancia con lo anterior, para aquellos perpetradores que puedan ser acreedores de las amnistías previstas en el derecho internacional humanitario, ello será un aliciente para participar activamente en el proceso de justicia transicional y en las medidas reparativas en ella dispuestas.

En nuestra opinión, no es condición *sine qua non* que se dicten las penas más severas para entender que el Estado esté cumpliendo con su obligación de condenar los hechos delictivos ocurridos durante el conflicto armado que se busca terminar por medio de una paz negociada y a través de distintos mecanismos de justicia transicional. Adicionalmente, la implementación de las amnistías dispuestas en el derecho internacional humanitario no podrían entenderse como un incumplimiento de dicha obligación sino que debe hacer uso amplio de las mismas en los términos dispuestos en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra.

Conclusión

De acuerdo a lo descrito previamente, nuestra opinión es que de los distintos tratados analizados, puede concluirse que los mismos no prevén de forma expresa una norma vinculante sobre la pena a imponerse a quienes sean condenados por la comisión de las conductas en ellos referidas. Por consiguiente, la obligación de sancionar no necesaria e indefectiblemente implica penas altas y carcelarias. Con mayor razón en contextos de justicia transicional, en los que la obligación de sancionar debe analizarse en conjunto con los demás componentes que dichos procesos conllevan.

Por consiguiente, debe entenderse como una obligación la de llevar a cabo procesos y la de imponer penas concordantes con otros componentes del proceso de transición a la paz tales como reparaciones, reconocimientos de responsabilidad y conocimiento de la verdad a través del relato de lo ocurrido. Todo ella de tal forma que no se desincentive la participación de las partes en conversaciones y acuerdos de paz y que, simultáneamente, no perjudiquen los derechos de las víctimas a su reparación integral donde se satisfagan los derechos a la investigación, juzgamiento y sanción, verdad, rehabilitación, garantías de no repetición, satisfacción, indemnización y demás medidas aplicables. En estos contextos, “existen deberes estatales que entran en tensión y que, en estos casos, la mejor alternativa



es tratar de armonizarlos, en lugar de optar por el cumplimiento pleno de uno de los deberes en detrimento de los otros”.¹⁴⁴ Así, “un modelo de judicialización y castigo pleno resulta tan improcedente como uno de amnistías totales e incondicionales”.¹⁴⁵

Bibliografía

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Asamblea General de Naciones Unidas, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Resolución A/RES/60/147 (21-03-06), párr. 18.

—, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

—, Resolución A/RES/68/156 *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 18 de diciembre de 2013.

—, Resolución A/RES/69/169 *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 18 de diciembre de 2014.

—, Resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946 “extradición y castigo de criminales de guerra”.

—, Resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947 “extradición de delincuentes de guerra y traidores”.

—, Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 “afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”.

Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002, *Elements of Crimes*, ICC-ASP/1/3(part II-B), adopción 09.09.2002, entrada en vigor: 09.09.2002.

Boraine, Alex, *A Country Unmasked: Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2000.

144 Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2013. p. 81 http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

145 *Ibíd.*, p. 87.



- Campbell, Colm, Peace and the laws of war: the role of international humanitarian law in the post-conflict environment *International Review of the Red Cross* No. 839, 2000, pp. 627-651.
- Clapham, Andrew, Human Rights Obligations of non-state actors in conflict situations, *International Review of the Red Cross*, 2006, p. 505, y REDRESS, *Torture by Non State Actors*, 2006, p.20, <http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%209%20June%20Final.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 2004.
- , Observaciones finales, El Salvador, U.N. Doc. CCPR/CO/78/SLV, 2003.
- , Observaciones finales, Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER, 2000.
- , Observación General N° 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 1992.
- Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), 2007.
- Comité contra la Tortura, Observación General N° 3, CAT/C/GC/3, 2012.
- Comité Internacional de la Cruz Roja Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1998, párr. 4599 <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#4>, consulta: 4 de agosto de 2016.
- , Henckaerts Jean-Marie, y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 691, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.
- , Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, *Represión penal El castigo de los crímenes de guerra*, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Fecha de aprobación: 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor: 28 de Febrero de 1987.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Entrada en vigor: el 28 de marzo de 1996.



Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, artículo 1.

Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949.

Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949.

Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.

Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

—, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

—, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

—, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012.

—, Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.

—, Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 299

—, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232

—, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120

—, Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

—, Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.

—, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.



- , Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- , Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- , Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- , Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- , Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Voto Concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán en el que se adhirieron los Jueces y Juezas Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Alberto Pérez Pérez.
- , Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274
- , Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.
- , Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 579.
- , *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 26.
- Corte Penal Internacional, AC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Under Seal*
Ex parte, Prosecutor only, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, No. ICC-01/04, July 2006.
- , PTC, No. ICC-01/09.
- , PTC I, *The Prosecutor v. al Bashir*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, 2009.
- , PTC I, ICC-01/04-01/07-717.
- , PTC I, No.: ICC-02/05-01/07.
- , PTC II, No. ICC-02/05-01/09, 2009.
- , PTC III, No. ICC-02/11.



—, The Office of the Prosecutor, - *Strategic Plan June 2012 – 2015*, Report on Prosecutorial Strategy, 24.10.2013.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 44-2013/145/2013, 13 de julio de 2016.

De Greiff, Pablo, *Repairing the Past: Confronting the Legacies of Slavery, Genocide, & Caste*, Connecticut, Yale University, 2005, p.10.

Dieng, Adama, *Bridging the divide between reconciliation and justice*, African Prospects, 2009.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor: 1 de julio de 2002.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945.

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty, 2014, pp. 34, 35 y 37 http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20briefs/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

Guidance Note of the Secretary General, United Nations Approach to Transitional Justice, marzo de 2010, https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

Krapp, Peter, *Amnesty: Between an Ethics of Forgiveness and the Politics of Forgetting*, 6 German Law Journal No. 1, 2005.

Military Tribunal at Nuremberg, Altstötter (The Justice Trial) case, 1946-1949.

—, Krauch (I. G. Farben Trial) case, 1947-1948.

—, Von Leeb (The High Command Trial) case, 1947-1948.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-law tools for post-conflict states Reparations programmes, United Nations New York and Geneva, 2008.

O'Shea, Andreas, *amnesty for crime in international law and practice*, The Hague, Kluter Law International, 2002, p. 24.

—, *Truth and Reconciliation Commissions*, 2008, párr. 41.

Pejic, Jelena, *Accountability for international crimes: From conjecture to reality*, International Review of the Red Cross No 845, 2002, p. 30.



Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

Seibert-Fohr, Anja, *prosecuting serious human rights violations*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Stewart, James, *Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2015, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>, consulta: 4 de agosto de 2016.

Ticehurst, Rupert, *La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 31-03-1997.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, AC, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, Case N° IT-94-1-AR72, 2 October 1995.

—, AC, *Kordic and Cerkez, Judgment*.

—, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Judgment*, Case IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 2002

—, TC I, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Judgement*, Case N° IT-00-39-T, 27 September 2006.

—, TC, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, 2005.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, AC, *Nahimana, Barayagawiza and Ngeze*, 2007.

—, TC, *Prosecutor v. Akayesu, Judgement*, 1998.

—, TC, *Prosecutor v. Bisengimana*, 2006.

Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, second edition, Hart Publishing, 2008.

Uprimny, Rodrigo et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, colección ensayos y propuestas, 2006, http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

Uprimny, Rodrigo, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2013, http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.

Vives, Julio, *La Evolución Jurídica Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, 2003, pp. 340 y ss http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf, consulta: 4 de agosto de 2016.