

*Justicia
transicional
y Corte
Interamericana
de
Derechos
Humanos*



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
E675
R438r
V.3

Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos / coordinadora Diana Beatriz González Carvallo ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Diana Beatriz González Carvallo]. -- Primera edición. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017. xx, 245 páginas ; 19 cm. -- (Cuadernos de regularidad constitucional ; 3)

Contenido: ¿Son las amnistías un mal necesario? Una aproximación teórica / Juan Espíndola Mata -- Justicia transicional, obligación de investigar y leyes de amnistía en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Jorge Errandonea -- Justicia transicional y derechos de las mujeres: algunos puntos fundamentales / Julissa Mantilla Falcón -- Los vínculos entre la justicia transicional y el desplazamiento forzado: la relevancia de la jurisprudencia de la Corte IDH / Federico Sersale di Cerisano, Carmen E. Atkins -- El derecho a la justicia en la justicia transicional. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana / Ethel Nataly Castellanos Morales

ISBN 978-607-468-939-6

1. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación – Control de regularidad constitucional – Criterios 2. Justicia transicional – Estudio de casos 3. Corte Interamericana de los Derechos Humanos – Jurisprudencia 4. Amnistía internacional 5. Derechos de las mujeres 6. Desplazamiento 7. Derecho de acceso a la justicia 8. Diálogo jurisprudencial 9. Delitos de lesa humanidad 10. Derecho Internacional de los Derechos Humanos I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador prologoista II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales III. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , prologoista IV. serie

Primera edición: abril de 2017

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Justicia
transicional
y Corte
Interamericana
de
Derechos
Humanos*

Diana Beatriz González Carvallo
Coordinadora



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Eduardo Medina Mora Icaza

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

CONTENIDO

Presentación	XI
Prólogo.....	XV
¿Son las amnistías un mal necesario? Una aproximación teórica	
<i>Juan Espíndola Mata</i>	1
1. Introducción.....	2
2. Amnistías y ética deontológica	4
3. El consecuencialismo: Una justificación con pies de barro.....	11
4. Conclusiones	23
5. Bibliografía.....	24
Justicia transicional, obligación de investigar y leyes de amnistía en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
<i>Jorge Errandonea</i>	29
1. Introducción.....	30
2. La justicia transicional y los dilemas de las sociedades en transición	33
3. La obligación de investigar y las amnistías.....	47

4. Debates en torno a la naturaleza de la obligación de investigar y de la prohibición de amnistiar graves violaciones a los derechos humanos, en escenarios de posautoritarismo o de posconflicto.....	67
5. Conclusiones	98
6. Referencias	104
<i>Bibliohemerografía</i>	104
<i>Jurisprudencia, documentos e informes de entidades internacionales</i>	117
<i>Comité de Derechos Humanos</i>	122
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)</i>	123
<i>Naciones Unidas</i>	124
<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)</i>	128
<i>Tribunal Penal Para La Ex Yugoslavia (TPIY)</i>	129

Justicia transicional y derechos de las mujeres:

Algunos puntos fundamentales

<i>Julissa Mantilla Falcón</i>	131
1. Presentación	132
2. Los estándares de la justicia transicional	133
2.1 El derecho a la verdad	135
2.2 El derecho a la justicia	137
2.3 El derecho a la reparación	138
3. El proceso de incorporación de los derechos de las mujeres en la justicia transicional.....	139
4. Aportes de la perspectiva de género a los procesos transicionales: visibilizando el papel y los derechos de las mujeres.....	146
5. Aspectos fundamentales sobre derechos de las mujeres al establecer un mecanismo de justicia transicional.....	150
6. Conclusiones	161

Los vínculos entre la justicia transicional y el desplazamiento
forzado: la relevancia de la jurisprudencia de la Corte IDH

Federico Sersale di Cerisano

<i>Carmen E. Atkins</i>	163
1. Introducción.....	164
1.1 <i>Conceptos: La justicia transicional y el desplazamiento forzado</i>	165
1.1.1 <i>Concepto general de la Justicia Transicional</i>	165
1.1.2 <i>Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre desplazamiento forzado, para su definición como una violación de derechos humanos.</i>	166
2. La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de desplazamiento forzado y su relevancia para guiar procesos de justicia transicional	173
2.1 <i>Marco jurídico: el artículo 22 de la Convención Americana</i>	173
2.2 <i>La jurisprudencia de la Corte IDH sobre el deber de respetar y garantizar los derechos vulnerados por un desplazamiento forzado.</i>	175
2.2.1 <i>El deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos</i>	176
2.2.2 <i>El deber de investigar y sancionar a los responsables por los desplazamientos forzados</i>	178
2.2.3 <i>El derecho a la verdad para víctimas de desplazamiento forzado</i>	182
2.2.4 <i>El deber de reparar</i>	184
2.2.4.1 <i>Presunción del daño material</i>	186
2.2.4.2 <i>Obligación del Estado de garantizar el retorno de las personas desplazadas en condiciones voluntarias, seguras y dignas.</i>	187
2.2.4.3 <i>Los programas de vivienda, desarrollo y restitución de</i>	

tierras como reparación.....	188
2.2.4.4 Condiciones de retorno seguras y dignas.....	189
2.2.4.5. Relación con programas de reparación internos.....	191
3. Conclusiones	191

**El derecho a la justicia en la justicia transicional. Diálogo
entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y la Corte Constitucional colombiana**

<i>Ethel Nataly Castellanos Morales</i>	193
1. Introducción.....	194
2. Generalidades de la justicia transicional y el derecho a la justicia	198
3. El derecho a la justicia en el SIDH.....	206
3.1 <i>La jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho a la justicia</i>	208
3.2 <i>La metodología de construcción de una línea jurisprudencial conceptual</i>	209
3.3 <i>Hallazgos sobre el manejo del derecho a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH</i>	213
3.3.1 <i>Componente de verdad</i>	215
3.3.2 <i>Componente de justicia</i>	216
3.3.3 <i>Componente de reparación</i>	218
4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la justicia en escenarios de justicia transicional.....	220
4.1. <i>Contexto</i>	220
4.2. <i>Derechos de las víctimas, justicia transicional y paz: jurisprudencia</i>	222
5. Reflexiones finales.....	233
6. Bibliografía.....	236
Sentencias.....	240

PRESENTACIÓN

Las discusiones relativas al término “justicia” y sus implicaciones específicas en los diversos ámbitos del pensamiento práctico siguen abiertas. Muchos de los temas que ocupan a las diferentes disciplinas están interrelacionados y las respuestas dadas en una esfera probablemente tendrán un impacto en las demás. Por ejemplo, es común que el debate sobre redistribución de bienes sociales valiosos, adelantado por los filósofos políticos, sea retomado por economistas y politólogos, entre otros.

Esto ocurre muy frecuentemente en relación con uno de los objetos específicos del derecho: la administración de justicia. Así, se trata no sólo de la especificación del diseño institucional ideado para atender y tramitar asuntos jurídicos en disputa, sino también de cómo las mismas instituciones, a través de sus funcionarios, administran e imparten justicia en los asuntos bajo su conocimiento. Esta “administración de la impartición de justicia” es central tanto para los administrados, como para las disciplinas prácticas de las ciencias sociales, incluido el derecho.

Dadas, pues, la enorme complejidad del tema "justicia" y las diversas áreas de reflexión interesadas en él, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del Centro de Estudios Constitucionales, quisiera contribuir con la publicación de esta obra al diálogo judicial y académico, en tanto que aborda uno de los asuntos más discutidos durante las últimas décadas: el de la justicia transicional.

El tema de la justicia transicional convoca el interés de juristas y académicos de un espectro amplio del estudio del derecho. Se trata, entre otras cosas, de la reflexión conjunta sobre la mejor forma de tramitar conflictos endémicos en una sociedad. Lo anterior, sobre todo, cuando se da el paso de regímenes autoritarios a democracias o se busca salir de conflictos armados internos que han golpeado a países latinoamericanos, en particular, durante periodos de tiempo considerables.

Los artículos que integran este volumen abordan, desde diferentes perspectivas, algunos de los temas más importantes y complejos relativos a la justicia transicional. Desarrollan temas como la admisibilidad moral de las leyes que amnistían crímenes de lesa humanidad a la luz de diversos modelos éticos; cómo es incorporada la cuestión de los desplazados internos en contextos de guerra cuando se negocian acuerdos de paz y formas alternativas de procesamiento penal; la inclusión de la perspectiva de género en estos análisis y el reconocimiento del peso e importancia específica de las acciones que afectan a las mujeres, entre otros. Algo que comparten estos ensayos, cada uno desde su propia argumentación sobre el punto, es el análisis de estas situaciones con base en los compromisos internacionales que han adquirido los Estados

en términos de derechos humanos y, en particular, sobre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema, o sobre asuntos análogos.

Por todo lo anterior, invito a todas las personas interesadas en el estudio y la reflexión de esta problemática compleja a leer y debatir los artículos integrados en este volumen. Los asuntos específicos que se vinculan con la justicia transicional son puntos de convergencia con otros debates suscitados a partir de la reforma de derechos humanos en la Constitución mexicana de 2011. Los mandatos de optimización de la administración de justicia que ésta prescribe dependen, en parte, de la apropiación y el debate de estas cuestiones por parte de todos.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

PRÓLOGO

La justicia transicional como tema de investigación es importante por varias razones. Entre ellas, porque es el cruce de caminos entre diversas disciplinas que se ocupan de la transformación y la flexibilización de ciertos estándares sociales, como la ley, en épocas de cambio. En segundo lugar, porque dirige las distintas reflexiones jurídicas a pensar en términos que van más allá de la normatividad legislada y judicial, y a plantear preguntas sobre los efectos diferenciados y los alcances de esos marcos institucionales en momentos de crisis. Otro motivo para otorgarle centralidad al tema del que trata esta obra es porque pone el foco en las transacciones y ponderaciones que podrían realizarse en casos particulares y cuestiona cuál es el alcance de lo que es identificado como no negociable.

Para el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es importante reflexionar sobre estos asuntos en términos tan complejos y específicos como lo exige el tema mismo. Los trabajos reunidos en este volumen están

dedicados a cuestiones y problemáticas específicas e integran en su argumentación tanto reflexiones teóricas pertinentes, como criterios desarrollados al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o CoIDH). Estas reflexiones son relevantes en el contexto mexicano no porque éste se encuentre en una situación de transición, sino porque pueden cualificar la deliberación específica sobre la integración de la perspectiva de género en la administración de justicia, por ejemplo. Igualmente, facilitan el conocimiento de la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos y el acercamiento a las complejidades específicas de países que han vivido procesos de transición.

Encontramos, pues, textos que se ocupan de los problemas teóricos y prácticos que generan las amnistías generales que suelen decretarse en casos de transición de un estado de perturbación generalizado del orden público a uno de paz estable. Otros que analizan más específicamente cómo afectan estos acuerdos a grupos diferenciados de la población, como mujeres y desplazados, y de qué manera deben incluirse las necesidades particulares de estos en los pactos de transición resultantes de procesos de paz. Finalmente, otro conjunto de artículos estudia cuáles son los estándares que se derivan de los pronunciamientos de la Corte IDH en relación con lo que se puede negociar en situaciones de justicia transicional y cuáles son las tensiones y problemas soluciones a conflictos con los mandatos de verdad, justicia y reparación.

Mas detalladamente, el primer texto del libro busca responder a la pregunta de si las amnistías son un mal necesario. Para ello, propone una aproximación teórica al tema a partir de dos teorías de la fundamentación moral: el deontologismo y el

consecuencialismo. Cada una de ellas ofrecerá respuestas diferentes y, en alguna medida, contradictorias a la cuestión de la admisibilidad moral de las amnistías en casos de justicia transicional. Juan Espíndola Mata nos recuerda que, aunque las razones por las que los estados deciden no aplicar la justicia penal en determinadas hipótesis de violación de derechos humanos son múltiples, la cuestión de la justicia retributiva permanece abierta.

El dilema moral implicado en la elección entre paz y justicia es uno de los puntos de articulación del texto. Espíndola Mata expone de manera clara, sin dejar de dar cuenta de las complejidades propias de este tipo de conflictos, cómo podría pensarse el tema desde dos opciones polares en la reflexión ética que, por lo mismo, priorizan diferentes aspectos y dan, de esa manera, respuestas contrarias a cuál es la decisión moralmente fundamentada.

En segundo lugar encontramos el texto de Jorge Errandonea, quien se ocupa del asunto de la justicia transicional y las amnistías en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH). El autor señala que de acuerdo los compromisos de esa institución jurisdiccional con la tutela de los derechos de las víctimas, la lucha contra la impunidad y el establecimiento de un marco jurídico al cual se circunscriban las violaciones graves a derechos humanos, es interpretado el tema de la amnistía.

Este escrito es minucioso tanto en la reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte IDH en relación con los temas mencionados anteriormente, como con el contraste del marco teórico que ofrecen los estudios sobre justicia transicional y sobre

el grado de obligatoriedad de los compromisos internacionales en casos extraordinarios de procesos de paz y finalización de conflictos armados. Se detiene particularmente en la reflexión sobre si una presunta prohibición absoluta de amnistiar crímenes de lesa humanidad por parte de los estados es tal. Es decir si, con base en la jurisprudencia de la corte y en la doctrina sobre transiciones en términos de justicia, ese veto es una regla definitiva o un principio que, por lo tanto, puede ser ponderado según las circunstancias del caso concreto.

El tercer artículo que integra este volumen desarrolla la cuestión de la justicia transicional y derechos de las mujeres. Explora la experiencia del Perú cuando estableció una comisión para la verdad y la reconciliación en el año 2001. El texto detalla a profundidad y con ejemplos concretos cómo las diversas experiencias de creación de Comisiones de la verdad, en países como Guatemala, Sudáfrica y el mismo Perú, entre otros, contemplan de manera precaria la situación de las mujeres en contextos de transición.

Julissa Mantilla expone las debilidades de la forma en que ha sido tratado el tema del género en situaciones críticas y propone algunas alternativas de política pública de transición que podrían subsanar en parte ese vacío. Procede de lo general a cuestiones más particulares: empieza analizando los estándares generales de justicia transicional; a continuación da cuenta de algunas de las características del análisis adecuado de la cuestión de género; y finaliza con una reflexión sobre los derechos de las mujeres en hipótesis de justicia transicional. Este texto no solo ofrece una reconstrucción de los temas centrales del vínculo justicia transicional –comisiones de paz–

derechos de las mujeres, sino que, con base en esa información, ofrece alternativas de atención adecuada de este tema.

En cuarto lugar encontramos un artículo escrito por Carmen Atkins y Federico Sersale en el que abordan el problema del desplazamiento forzado y sus relaciones con la justicia transicional. Adelantan el estudio con base tanto en la doctrina relevante sobre el punto, como en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre desplazamiento forzado.

El texto de Atkins y Sersale es innovador e importante por varias razones. En primer lugar, porque vincula el análisis de dos temas que, aunque están directamente relacionados, no han recibido la atención conjunta que requieren. En segundo lugar, porque reconstruye tanto la reflexión académica, como la jurisprudencia interamericana sobre el punto. Los autores enfatizan cómo las conexiones entre estos dos tópicos fueron articulados a partir de los principios de Naciones Unidas sobre desplazamiento forzado. Estos parámetros retomados e incorporados por la Corte IDH han tenido entre sus resultados la inclusión en la agenda de los procesos de justicia transicional el tema específico de las poblaciones desplazadas de sus lugares de origen con ocasión de conflictos armados. Es decir, han impulsado la cualificación de las obligaciones internacionales respecto de las víctimas en estos procesos de verdad, justicia y reparación sobre cuestiones como el retorno al lugar del que fueron desplazadas, restitución de tierras y reformas institucionales orientadas a la garantía de no repetición.

En quinto, y último lugar, se presenta el texto de Ethel Nataly Castellanos, en el que hace una reconstrucción analítica y crítica de las subreglas derivadas de la juris-

prudencia tanto del tribunal interamericano, como de la Corte colombiana. Explora uno de los temas que, a juicio de la autora, es más complejo y ha suscitado más debate tanto a nivel interno como regional: las condiciones mínimas necesarias para el respeto y vigencia, en hipótesis de transición, del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario.

La autora aborda meticulosamente la cuestión del mencionado derecho a la justicia de las víctimas y articula los problemas específicos que genera a la luz de los criterios sobre el punto de las Cortes mencionadas. Una de las líneas centrales de su argumento, la cual es defendida de manera sustentada y rigurosa, es que hay un diálogo fluido entre la Corte colombiana y la Corte IDH, el cual ha impulsado la creación de un conjunto de subreglas relativas a lo que no es negociable en términos de justicia para las víctimas de estos crímenes.

Para el Centro de Estudios Constitucionales en un honor poder contribuir a través de este volumen a la reflexión colectiva sobre un tema tan complejo. En el Centro estamos convencidos de que los textos aquí integrados avanzan en la reflexión sobre asuntos prácticos de justicia, tanto en términos globales, como en relación con cuestiones específicas de impacto diferenciado.

Diana Beatriz González Carvallo
Investigadora Jurisprudencial CEC-SCJN
Ciudad de México, 2017.

¿SON LAS AMNISTÍAS UN MAL NECESARIO? UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

Juan Espíndola Mata*

Sumario: 1. Introducción; 2. Amnistías y ética deontológica; 3. El consecuencialismo: Una justificación con pies de barro. 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

Resumen: Este artículo examina la justificación teórica del uso de las amnistías en contextos de violencia desde la perspectiva de dos doctrinas éticas. Por un lado, el artículo refina y elabora la argumentación *deontológica* en contra de las amnistías. Según la perspectiva deontológica, las amnistías son inaceptables porque dejan sin cumplir ciertos deberes de justicia retributiva. Por el otro lado, y de manera más importante, el artículo argumenta que la doctrina *consecuencialista* tampoco es un asidero sólido para justificar el uso de las amnistías. La justificación consecuencialista según la cual es aceptable suspender la justicia retributiva en aras de afianzar la paz es endeble, incluso bajo los propios criterios del consecuencialismo.

Palabras clave: amnistía, justicia transicional, consecuencialismo, deontología.

* Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Michigan y licenciado en Administración Pública por El Colegio de México. También realizó una estancia postdoctoral en la Universidad de Frankfurt y en el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM. Su tema de especialización es la justicia transicional y la política educativa. Es autor del libro *El hombre que lo podía todo, todo, todo. Ensayo sobre el mito presidencial en México* (El Colegio de México; 2004) y *Exposing Unjust Collaborators. Transitional Justice and Respect in Germany* (Cambridge University Press, 2015)

1. Introducción

El 20 de marzo de 1993 se aprobó mediante el Decreto Legislativo número 486 La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz en El Salvador. La Ley concedía una amnistía absoluta e incondicional a quienes habían participado y cometido violaciones a los derechos humanos durante la cruenta guerra civil que tuvo lugar en el país entre 1980 y 1992. En julio de 2016 la Corte Suprema de Justicia de El Salvador declaró inconstitucional esa Ley. Se trata del caso latinoamericano más reciente en el cual, entre la polémica y la polarización, una amnistía es declarada nula tras años de vigencia.

Para cualquier nación, el colapso de una dictadura o el desenlace de una guerra civil marcan el fin de una época. La primera pregunta que se plantean las autoridades del nuevo régimen es cómo lidiar con los funcionarios públicos del antiguo, particularmente con aquellos que perpetraron violaciones a los derechos humanos. Se abre para ellas una disyuntiva: ¿deben volver la mirada hacia el pasado y perseguir los crímenes del pasado, o mirar hacia el futuro y renunciar a la justicia retributiva, evitando así que los perpetradores, particularmente los de alto rango, pongan en entredicho la estabilidad duramente conseguida? En otras palabras, ¿cómo deben afrontar el llamado dilema moral de la paz y la justicia? En las reflexiones filosóficas sobre el tema, el predicamento suele abordarse desde dos doctrinas éticas opuestas: la consecuencialista y la deontológica. La primera se ofrece como fundamento moral del uso de las amnistías, y la segunda como el sustento moral de su crítica. Así, la permisibilidad o no de las amnistías, dependería de la doctrina moral a la cual uno muestre adhesión. En contraposición a tal idea, este artículo sostiene que ninguna de las dos

doctrinas éticas justifica el uso de las amnistías. La estrategia del artículo es doble. Por un lado, y de manera más previsible, el artículo refina y elabora la argumentación deontológica en contra de las amnistías. Según la perspectiva deontológica, las amnistías son inaceptables porque no cumplen ciertos deberes de justicia retributiva. Ofrecer amnistías a perpetradores de alto rango vulnera las condiciones que hacen posible el respeto mutuo que los ciudadanos se deben los unos a los otros en una sociedad liberal, en la que todos se consideran a sí mismos como iguales. Por el otro lado, y de manera más importante, el artículo argumenta que la doctrina consecuencialista, la cual suele interpretarse como fundamento de la idea de que es aceptable suspender la justicia retributiva en aras de afianzar la paz, tampoco es un asidero sólido para el uso de las amnistías.

Antes de comenzar, una precisión sobre las amnistías. Existen distintos y muy variados tipos de amnistías. Éstas pueden diferenciarse por el tipo de crímenes para los cuales suspenden el castigo o el tipo de perpetradores (de bajo, mediano o alto rango) al que van dirigidos.¹ Algunas amnistías con un ámbito de validez restringido podrían ser compatibles con un esquema de justicia transicional y con el respeto a las víctimas de crímenes en el pasado reciente;² sin embargo, en términos generales, la mayor parte de las amnistías, sobre todo las que incluyen a líderes y mandos medios, no lo son. Este trabajo tiene en mente a estas últimas.

¹ FREEMAN, Mark, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

² En otro lugar he discutido mi escepticismo frente a la prohibición de amnistiar a los "peces pequeños." Véase ESPÍNDOLA, Juan, "The Case for the Moral Permissibility of Amnesties. An Argument from Social Moral Epistemology", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 17, núm. 5, 2014, pp. 971-985.

2. Amnistías y ética deontológica

Desde hace varias décadas se han ido cristalizando un conjunto de leyes e instituciones, tanto en el ámbito internacional como en el doméstico, cuyo propósito es criminalizar y castigar, sin excepciones, las violaciones a los derechos humanos, tales como los crímenes de lesa humanidad, la limpieza étnica o el genocidio. Antes de la Segunda Guerra Mundial, castigar a los responsables de crímenes de guerra o de medidas genocidas, por ejemplo, era un asunto dejado en última instancia a la discreción de los políticos en turno de cada nación, quienes actuaban o no con base en criterios de orden pragmático. Desde los famosos juicios de Nuremberg, en cambio, ha ido cobrando fuerza la idea de que deben existir mecanismos e instituciones encargados de asegurarse que los violadores de derechos humanos sean llevados a juicio y castigados por sus actos. La última expresión institucional de tal idea es la Corte Penal Internacional.

El sustrato ético de este desarrollo institucional es la doctrina deontológica. Según la ética deontológica, una práctica o acto es correcto si se apega a ciertas normas cuya derivación es independiente de los resultados (las consecuencias) de dicha práctica o acto. ¿De dónde derivan esas normas? La propuesta más emblemática sobre el origen de tales normas es la kantiana. Simplificando una teoría sumamente compleja, puede decirse que Kant pone el énfasis en la intención (no en las consecuencias) de los actos morales. Para Kant, la calidad moral de un acto depende de su apego a principios o máximas formulados racionalmente que orientan la acción del individuo. Estas máximas deben ser capaces de ser universalizadas; es decir, deben ser preceptos que un individuo puede establecer para sí mismo y querer coherentemente que sean obedecidos por todos los seres racionales. Por otra parte, un elemento

adicional de la arquitectura filosófica kantiana es la prohibición de usar a otros meramente como medios (como instrumentos de una voluntad ajena) y no como fines en sí mismos (como autores de sus propias decisiones en búsqueda de sus propios planes de vida).³ Las acciones que implican *usar* a otras personas en contra de su voluntad y en contraposición a sus proyectos de vida son acciones inmorales. Evitar semejante curso de acción es la base del respeto mutuo e incluso, en parte, del respeto propio. El concepto de respeto es también, no sobra recordarlo, fundamental en la obra de Kant.

No es necesario entrar en mayores detalles sobre la filosofía kantiana. El punto a resaltar y reiterar es que un acto es moralmente correcto o incorrecto en función de sus atributos intrínsecos y no por sus consecuencias. De tales fundamentos se derivan ciertas obligaciones morales y de justicia para las personas y la autoridad política. En el caso que nos ocupa, de la ética consecuencialista se siguen ciertos preceptos de justicia retributiva, como el de no dejar sin castigo a quien ha cometido un crimen, o la de ofrecer un trato igualitario a todos los ciudadanos. No castigar a los responsables de crímenes, sobre todo si se trata de alguno de lesa humanidad, puede tener buenas consecuencias, por ejemplo, cuando un señor de la guerra en Sierra Leona se compromete a deponer las armas si se le confiere una amnistía a él y a sus seguidores. Según un argumento deontológico, sin embargo, no sería moralmente permisible actuar de esta manera. Ello equivaldría a tratar a las víctimas meramente como un medio para afianzar la estabilidad social y política. También implicaría validar el

³ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

precepto de impunidad; precepto que no puede ser universalizado. Visto con más detalle, la injusticia de una amnistía, desde el punto de vista deontológico, sería triple: (1) En vista de que la culpabilidad del autor del crimen es una razón suficiente para sancionarlo, la falta de castigo en sí misma es una injusticia. (2) Esta injusticia se duplica por la injusticia de la autoridad del Estado al no cumplir con sus obligaciones retributivas; considérese la famosa frase de Kant: "Incluso si una sociedad civil fuera a disolverse por acuerdo de la totalidad de sus miembros (por ejemplo, si la gente de una isla deshabitada decidiera separarse y dispersarse por el mundo), el último asesino en prisión tendría que ser ejecutado antes, de tal forma que así todos reciban lo que que sus acciones merecen, y la culpa bañada en sangre no se aferrará a la gente por no haber insistido en su castigo."⁴ (3) Finalmente, la última dimensión de la injusticia es la violación de una norma de igualdad jurídica, política y moral. Lo explica Max Pensky: "Para el conjunto de todos los beneficiarios de las amnistías, que de esta manera se colocan más allá del alcance de la ley por cometer actos que de otro modo merecerían atención legal, corresponde a otro grupo de personas, las víctimas, a quienes la amnistía ha privado de tutela judicial efectiva, un derecho básico."⁵

Como añade el propio Pensky, instituciones como la Corte Penal Internacional fueron establecidas precisamente para evitar todas esas injusticias:

La Corte Penal Internacional ha incorporado como parte central de su misión no sólo el establecimiento de una nueva clase de crímenes internacional sino también

⁴ KANT, Immanuel, *Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis, Hackett, 1999, p. 140.

⁵ PENSKY, Max, "Amnesty on Trial. Impunity, Accountability, and the Norms of International Law", *Ethics & Global Politics*, vol. 1, núm. 1-2, 2008, p. 9.

una norma política y legal en contra de la impunidad: el deber de perseguir y castigar a quienes cometen esos crímenes, ya sea que la Corte misma satisfaga ese deber, o que influya en las cortes domésticas para que ellas hagan lo propio. En el corazón de esa norma en contra de la impunidad [...] se encuentra la idea de que las amnistías domésticas para los crimines internacionales deben ser concebidas como incompatibles con el derecho criminal internacional, o de manera todavía más radical, como indicios de que los Estados que las ofrecen son reacios a cumplir con su deber de juzgar, lo cual los hace a ellos mismos responsables de violar la norma en contra de la impunidad.⁶

El combate a la impunidad es un *derecho de las víctimas*: el Estado o en su defecto los organismos de la corte internacional, deben juzgar y, de comprobar alguna culpabilidad, castigar a quienes han violado los derechos humanos de otros ciudadanos. Se trata de una medida retributiva que no sólo establece incentivos para que actos similares no ocurran en el futuro, sino que también asegura que se cumplan los requerimientos básicos de igualdad cívica. Todos los ciudadanos, sin distinción alguna, deben ser responsables legal y políticamente por sus actos, y todo aquel que ha sido sujeto de alguna violación a su integridad o sus intereses tiene derecho a exigir retribución.

Algunos defensores de las amnistías han buscado conferirles legitimidad con alegatos de corte democrático o, con mayor precisión, de corte mayoritario. Tales autores consideran que el respaldo democrático confiere validez moral a las amnistías. Charles Trumbull, por ejemplo, propone tres criterios para que organizaciones internacionales como las Naciones Unidas determinen si una amnistía es moralmente

⁶ *Ibid.*

aceptable. Los criterios son: (1) el proceso por el cual se promulgó la amnistía; (2) la sustancia de la ley de amnistía; y (3) las circunstancias nacionales e internacionales.⁷ Las condiciones (2) y (3) pueden explicarse rápidamente. La número dos sugiere que para ser aceptable una amnistía debe venir acompañada de disposiciones para garantizar que las personas beneficiadas por ella no sean capaces de cometer delitos similares en el futuro, y que sean llamadas a rendir cuentas de alguna manera no punitiva (por ejemplo, a través de una Comisión de la Verdad y Reconciliación). En cuanto a la tercera condición, esta establece que las amnistías sólo deben utilizarse cuando sean indispensables para poner un alto a conflictos en curso, y cuando la comunidad internacional no esté dispuesta a intervenir para detener dicho conflicto.

La primera condición es la más relevante para los propósitos de este artículo. Trumbull argumenta que las amnistías son aceptables cuando a) la amnistía fue aprobada por la vía democrática, b) la ciudadanía tuvo acceso a información adecuada, y c) las víctimas respaldan la amnistía. Trumbull cita al Juez Goldstone, un destacado Juez penal internacional, con el argumento de que la famosa Comisión de la Verdad y la Reconciliación sudafricana “se justificaba moralmente porque fue creada por la primera legislatura constituida democráticamente en Sudáfrica, una legislatura que representaba a las víctimas del Apartheid.”⁸

Por su parte, Louise Mallinder afirma que el derecho internacional debe respetar a las amnistías nacionales, siempre y cuando éstas cuenten con legitimidad demo-

⁷ TRUMBULL, Charles P., “Giving Amnesties a Second Chance”, *Berkeley Journal of International Affairs*, vol. 25, núm. 2, 2007, pp. 283-345.

⁸ *Ibid*, p. 323.

crática. Según ella, sin aprobación democrática “las amnistías difícilmente atenderían los requerimientos de readaptación social de la sociedad de transición. Dichos requisitos no reflejan necesariamente los de la Ley Internacional de Derechos Humanos, ya que los primeros se centran en las necesidades de la comunidad, mientras que los segundos se basan en los derechos del individuo.”⁹ La aprobación democrática, Mallinder continúa, puede expresarse, por ejemplo, a través de “acuerdos negociados en los que participen representantes de todas las partes en el proceso de conflicto o de transición, así como observadores internacionales.”¹⁰ En otras palabras, una ley de amnistía tendrá legitimidad sólo si fue aprobada por políticos electos democráticamente y si es precedida por una consulta pública amplia, una promesa de campaña electoral para introducir una amnistía o un referéndum. No obstante, acota Mallinder, el apoyo de la mayoría simple no será apropiado si va en contra de grupos minoritarios que fueron objeto de opresión.

Tanto Mallinder como Trumbull ponen el énfasis en los requerimientos procedimentales para ratificar democráticamente una amnistía. A pesar de que proponen requisitos estrictos para avalar como democrática una amnistía, ambos autores concluyen que esta validación hace desaparecer los problemas morales que le son propios. Para ambos autores, una amnistía democrática es una amnistía moralmente aceptable. Trumbull concede a las víctimas una prerrogativa de veto, y Mallinder alude a las dificultades que pueden surgir cuando grupos minoritarios de víctimas son marginados

⁹ MALLINDER, Louise, “Can Amnesties and International Justice Be Reconciled”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 226-227.

¹⁰ *Ibidem*. Véase también MALLINDER, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart, Oxford, 2008.

del proceso de formación de la voluntad colectiva. Estos reparos, sin embargo, son insuficientes desde el punto de vista normativo.

Más que actores con veto, o grupos minoritarios dignos de atención, las víctimas deben ser la parte central de la arquitectura democrática del nuevo régimen. Tanto Mallinder como Trumbull subestiman la importancia que el autorrespeto y respeto mutuo tienen en el principio retributivo en contextos de violencia política. El propósito del principio retributivo es *promover la dignidad de las víctimas, sin la cual es imposible consolidar una sociedad genuinamente democrática*.¹¹ De no ser rectificadas las injusticias pasadas (y aprobar una amnistía puede considerarse como un ejemplo de no rectificación), el mensaje para las víctimas es que, a pesar de que la violencia política ha transpirado, su estatus cívico permanece en un plano de inferioridad. Las víctimas necesitan constatar que su sufrimiento en el pasado es reconocido abiertamente y que el insulto a su dignidad no se perpetúa históricamente. Como argumenta Mihaela Mihai, el respeto y el trato igualitario hacia todos los ciudadanos exigen “habilitar” (*enfranchise*) a los ciudadanos en dos niveles. Un nivel de primer orden, el de la Constitución. En éste adquieren las víctimas los mismos derechos que sus antiguos victimarios. En el segundo orden se promueve lo que Mihai llama “habilitación rectificatoria” (*redress enfranchisement*). Esta última se lleva a cabo mediante la promulgación y aplicación de legislación que incluye medidas retributivas y compensatorias.¹²

¹¹ Véase, p. ej., VERDEJA, Ernesto, *Unchopping a Tree. Reconciliation in the Aftermath of Political Violence*. Temple University Press, Filadelfia, 2009.

¹² MIHAI, Mihaela, “Transitional Justice and the Quest for Democracy. A Contribution to a Political Theory of Democratic Transformations”, *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 183-204.

3. El consecuencialismo: Una justificación con pies de barro

La doctrina deontológica acusa una gran debilidad: su rigorismo. Hay ocasiones en las que el apego a la ética deontológica puede tener consecuencias trágicas. El ejemplo más socorrido para mostrar este punto es el de la prohibición de la tortura: ¿debemos cumplir el deber deontológico de no torturar a una persona que posee información sobre el próximo atentado terrorista y no accede libremente a compartirla, incluso cuando ello puede costar cientos o miles de vidas? Es célebre la hipérbole justiciera de Kant, según la cual “es mejor que un pueblo entero perezca” antes que admitir la injusticia. La crítica a la inflexibilidad deontológica puede hacerse extensiva al caso de las amnistías: ¿y si las consecuencias de *no* ofrecer una amnistía son trágicas? No es este el lugar para discutir algunas de las posibles respuestas deontológicas a esta objeción. Aquí me limitaré a apuntar que, incluso si esta crítica a la doctrina deontológica fuera acertada, el consecuencialismo no sería una alternativa aceptable.

A contrapelo del imperativo de juzgar siempre y sin excepciones a quienes han violado derechos humanos en el pasado, algunos autores argumentan que en ciertas circunstancias es necesario alejarse de semejante curso de acción. Su argumento es que quienes cometieron tales violaciones con frecuencia conservan poderes y privilegios en el nuevo régimen. Sin una garantía de que no se les someterá a juicio, tales actores se rehusarán a deponer las armas o a retomarlas si ya las han depuesto. En este escenario, las posibilidades de mantener la estabilidad ahí donde ya se había conseguido un mínimo de paz se reducen. Por lo tanto, continúa este argumento, con frecuencia es moralmente permisible –incluso obligatorio– ofrecer amnistías a las partes beligerantes en conflictos violentos. Puesto de otra manera, la justicia retributiva

puede ser suspendida si hay razones de peso para ello, como el afianzamiento de la paz. Las amnistías son un “mal menor” o “necesario.” El primer registro histórico de semejante razonamiento puede rastrearse hasta el 403 a. C. en la Antigua Grecia. De ese año es la amnistía que siguió al desmoronamiento de la segunda oligarquía y restableció el régimen democrático. Como apunta Jon Elster, las autoridades del nuevo régimen renunciaron a sus pretensiones punitivas y ejercieron moderación; “de vuelta en el poder, los demócratas estuvieron dispuestos a limitar sus aspiraciones retributivas en aras de la paz civil”.¹³

Un representante notable de la visión consecuencialista de las amnistías es Carl Schmitt. En un breve texto,¹⁴ Schmitt critica lo que él llama, de manera un tanto peculiar, “guerra civil”. Por guerra civil, Schmitt se refiere a las dinámicas punitivas y retributivas posteriores al cese de un conflicto bélico. Según él, un esfuerzo por penalizar cualquier acción de guerra es un mero ejercicio de venganza que busca la completa aniquilación del enemigo y amenaza con perpetuar ciclos de violencia. La guerra civil, según él la entiende, trata a una de las partes en disputa, la perdedora, como “criminal, asesina y saboteadora”, no como un oponente digno y legítimo. Escribe Schmitt: “En la guerra civil, el vencedor de turno está sentado encima de su derecho

¹³ ELSTER, Jon, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004, p. 12.

¹⁴ SCHMITT, Carl, “Amnistía es la fuerza de olvidar”, *El País*, 21 de enero de 1977. Disponible en http://elpais.com/diario/1977/01/21/opinion/222649207_850215.html. Para una discusión de este texto véase: ESPÍNDOLA, Juan, “The Force of Forgetting or Forced Forgetting? Schmittian Amnesties and Transitional Justice”, en CORRADETTI, Claudio, ESIKOVITZ, Nir y VOLPE Rotondi, Jack (eds.), *Theorizing Transitional Justice*, Ashgate Publishing, Farham, Surrey, 2015, pp. 45-58.

como encima de un botín. Se venga en nombre del derecho. ¿Cómo es posible romper el círculo vicioso de este mortífero tener razón? ¿Cómo puede terminar la guerra civil?" Para Schmitt, la respuesta a estas preguntas es la amnistía, que define como la "abolición del procedimiento penal y judicial" y como una "descarga del aparato de persecución estatal."¹⁵ Cito a Schmitt *in extenso*:

Si no entendemos por amnistía nada más que una limosna miserable, que permite al desposeído de sus derechos un paseo por el patio de la prisión, sería mejor no seguir hablando, para no falsificar un gran concepto. No es tan fácil terminar una guerra civil. Después de falsificar tantas palabras, ideas e instituciones, debíamos por lo menos tener cuidado de no envenenar la palabra clave de la paz. La amnistía es un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna. Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe. Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo.

Justificaciones como la de Schmitt en favor de las amnistías son del tipo que los filósofos morales llaman consecuencialistas. El consecuencialismo presupone que el juicio moral sobre una práctica o acto (es decir, la valoración de si es correcta o no) depende única y exclusivamente de sus consecuencias. Así, decir una mentira "blanca", que beneficia a una persona inocente que está siendo perseguida por un criminal, y cuya salvación depende de dicha mentira, es un acto a todas luces moralmente aceptable. La lógica consecuencialista, engañosamente simple como puede verse, acusa

¹⁵ SCHMITT, C., *art. cit.*

varios problema de índole filosófica. El resto del trabajo expone algunos de estos problemas, y muestra su relevancia para el tema de las amnistías.

Las justificaciones consecuencialistas proponen lo que Jesper Ryberg llama la posición límite: la idea de que la exigencia de justicia tiene un umbral por encima del cual deja de estar en vigor.¹⁶ Así, la justicia retributiva debe ser vulnerada si hay razones de peso para hacerlo. El desafío para la posición consecuencialista, sin embargo, es establecer de manera *ad hoc* dónde debe fijarse ese umbral. Ryberg contradice que los argumentos consecuencialistas puedan ofrecer una respuesta sistemática basada en principios morales que no varíe arbitrariamente según el momento y las circunstancias. Bajo un esquema consecuencialista, no podemos estar seguros en qué momento, o después de cuánto sufrimiento, debe otorgarse una amnistía. En una frase, los argumentos consecuencialistas generan incertidumbre.

Para salvar esta crítica, algunos defensores del argumento consecuencialista invocan la idea del filósofo Robert Nozick, según la cual sólo es aceptable suspender las exigencias de justicia en aras de un bien superior, si no se violan ciertos derechos individuales. Así, en el caso que nos ocupa, las amnistías sólo serían justificables para promover la consolidación de la paz después de una guerra civil, siempre y cuando *no* violen algunos derechos inalienables. Según los críticos del consecuencialismo, esta solución es una petición de principio y además no elimina la incertidumbre

¹⁶ RYBERG, Jesper "Mass Atrocities, Retributivism, and the Threshold Challenge", *Res Publica*, vol. 16, núm. 2, mayo, 2010, pp. 169-179, doi:10.1007/s11158-010-9113-3. Véase también MAY, Larry, *Crimes Against Humanity. A Normative Account*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004.

mencionada en el párrafo anterior. La pregunta ahora sería: ¿qué derechos pueden ser violados y cuáles no? ¿En la búsqueda de qué metas? Como apunta Max Pensky, la mayoría de los argumentos consecuencialistas son incapaces de establecer “un ordenamiento no trivial de los derechos políticos y legales que dé cuenta de por qué una situación de transición [como una sociedad post-conflicto], en la que un régimen jurídico está sometido a presiones y escrutinio extraordinario, puede justificar tal ordenamiento mientras que las condiciones ‘normales’ no pueden hacerlo.”¹⁷

Las justificaciones consecuencialistas tienen otras debilidades. A diferencia de la doctrina deontológica, cuyo argumento de fondo es deductivo e independiente de consideraciones empíricas, el consecuencialismo depende en gran medida de argumentos inductivos. Esto coloca de su lado el cargo de la prueba. Un defensor del consecuencialismo debe aportar información en cantidad y calidad suficientes para demostrar las ventajas y desventajas de la práctica o acto que considere correcto. Pero este ejercicio es extremadamente complejo en el caso de las amnistías. Es cierto que las amnistías han jugado un papel importante en la consolidación de los acuerdos de paz y las transiciones democráticas, en todo el mundo, en el pasado reciente. Sin embargo, la dificultad estriba en documentar escenarios contrafactuales; es decir, no puede demostrarse que el resultado de alcanzar la paz, como en el ejemplo reciente de Colombia, no habría sido posible sin el uso de las amnistías; y tampoco puede demostrarse que en los casos en los que no fue posible trabar un acuerdo de paz, el fracaso es atribuible a no haber otorgado amnistías a las partes beligerantes.

¹⁷ PENSKY, Max, “Amnesty on Trial. Impunity, Accountability, and the Norms of International Law”, *Ethics & Global Politics*, vol. 1, núm. 1-2, 2008, p. 18.

Por otra parte, las distintas valoraciones sobre las metas y las aspiraciones políticas son inconmensurables. No existe ningún patrón o punto de referencia independiente de las consecuencias que resuelva los diferendos entre las distintas posiciones respecto de cuál es el mejor resultado. La estabilidad *per se* no puede considerarse, sin una buena justificación, como tal patrón, como *summum bonum* en cualquier contexto. Tal justificación debe mostrar que la estabilidad es una condición necesaria (aunque insuficiente) para la consecución de otras metas o aspiraciones políticas, o que la estabilidad en el corto plazo puede convertirse en una estabilidad "por las razones correctas", para utilizar la expresión del filósofo John Rawls, y no un *modus vivendi* pragmático y precario.¹⁸

Por sí solas, las anteriores críticas a la justificación consecuencialista del uso de las amnistías (su carácter inductivo y su carencia de un punto de referencia para comparar y evaluar las distintas metas políticas valiosas en una sociedad posconflicto) son devastadoras. Pero hay más. La justificación consecuencialista es vulnerable a otras dos críticas que, de hecho, dan pie a una reformulación de la doctrina consecuencialista. En el resto de este apartado se argumenta que bajo esta reformulación, difícilmente puede hallarse un piso de legitimidad para el uso de las amnistías. A continuación desarrollo los detalles de estas críticas y las subsiguientes reformulaciones del consecuencialismo, tomando como punto de partida ejemplos provenientes de la ética personal.

¹⁸ PENSKY, Max, "Amnesty on Trial...", *op. cit.*

Para exponer la siguiente crítica, considérese un experimento mental al que aluden con frecuencia los críticos del consecuencialismo.¹⁹ En un hospital de la ciudad cinco pacientes se encuentran al borde de la muerte y necesitan un trasplante de órganos para sobrevivir. Cada uno necesita un órgano distinto. Tras algunas indagatorias, el médico cirujano en turno es informado de que en el mismo hospital hay un paciente que ha ingresado para hacerse un examen de rutina. El paciente es el donante perfecto. ¿Qué debe hacer el cirujano en este escenario? Un razonamiento consecuencialista *simple* sugeriría que la acción correcta por parte del cirujano es operar al paciente sano para tomar sus órganos (con su consiguiente muerte, desde luego) porque, como consecuencia de ese acto, cinco personas recibirían un órgano que les permitiría sobrevivir. Y cinco vidas son más valiosas que una. De hecho, de no realizar el trasplante, el médico actuaría de manera inmoral, según esta versión simple del consecuencialismo.

Una interpretación más sofisticada del consecuencialismo nos llevaría a una conclusión muy distinta. Según esa interpretación, lo correcto sería *no* realizar el trasplante, toda vez que éste tendría una serie de consecuencias nefastas. Realizar un trasplante con las características y motivaciones mencionadas antes haría que los usuarios perdieran la confianza en los médicos y los hospitales. Ello tendría como consecuencia que los servicios de salubridad empeoraran su calidad, lo cual a su vez resultaría en un mayor número de muertes. Más todavía, el consecuencialismo, según

¹⁹ FOOT, Philippa, "Abortion and the Doctrine of Double Effect", *Oxford Review*, núm. 5, 1967, pp. 28-41; THOMSON, Judith Jarvis, "Killing, Letting Die, and the Trolley Problem", *The Monist*, núm. 59, 1976, pp. 204-17.

sus defensores, respeta el principio de autonomía del paciente, de manera que un cálculo consecuencialista tendría que incorporarlo a la ecuación. Por otra parte, como lo sostendría una interpretación más sofisticada del consecuencialismo (llamémosla el consecuencialismo de la regla), un agente maximizará el bien si sigue las reglas, prácticas o principios que tienden a promover el bien. Los llamados *consecuencialistas de la regla* reconocen que no es posible ni deseable calcular todas las consecuencias de los actos antes de actuar. Por tal motivo, aceptan la idea de que en muchas situaciones los individuos están justificados en seguir sus intuiciones, o en seguir por hábito ciertas reglas que tienden a tener buenos resultados. En el caso del cirujano, éste tiene plena justificación en seguir un principio (no matarás salvo en defensa propia, por ejemplo) que tiende a generar buenos resultados, aun cuando haya casos excepcionales en los que no ocurre así.

¿Cómo extender estas observaciones al caso de la justificación consecuencialista de las amnistías? Acaso la lección más importante de estas críticas sea que el cálculo de las consecuencias que deben ser tomadas en cuenta debe ser más comprensivo e ir más allá del posible rearme de los grupos beligerantes, o la posible movilización de los partidarios del antiguo régimen. Las amnistías pueden tener consecuencias negativas no contempladas por la versión simple del consecuencialismo. Una de ellas es minar la confianza en las instituciones políticas y legales del nuevo régimen. O mejor dicho, obstaculizar los intentos por reconstituir la confianza ciudadana en sus instituciones de gobierno, la cual con frecuencia se ha perdido como resultado de las políticas del antiguo régimen. En un trabajo reciente, Pablo de Greiff propone pensar a la justicia transicional como un conjunto de medidas inter-

conectadas, cuyo propósito inmediato es promover el reconocimiento de las víctimas y la confianza cívica, y en última instancia la democracia y el Estado de derecho. Para De Greiff la tarea central de un régimen que emerge de una guerra civil o una dictadura es fomentar la confianza cívica, respondiendo a las inquietudes de aquellos cuya confianza fue destrozada por las experiencias de violencia y abuso, y que temen que el pasado pueda repetirse. Su temor específico puede ser que la identidad política de (algunos) ciudadanos se haya formado en torno a los valores que hicieron posibles los abusos del pasado, y que no obstante el cambio de régimen, tales valores se mantengan incólumes. Escribe De Greiff: "Un esfuerzo institucional por enfrentar el pasado podría ser visto por quienes fueron el blanco de la violencia como un esfuerzo de buena fe para redimirse, como un intento por comprender los patrones de socialización a largo plazo [que dieron lugar a la violencia] y así, iniciar un nuevo proyecto político en torno a las normas y valores que esta vez son compartidos verdaderamente".²⁰ En otras palabras, si uno de los propósitos inmediatos de la justicia transicional es remover del antiguo régimen la gruesa capa de desconfianza generada por la violencia de Estado, una de las consecuencias de las amnistías puede ser la de sedimentarla en lugar de eliminarla. Esta consideración escapa al cálculo consecuencialista simple.

La última crítica al consecuencialismo que quisiera considerar aquí es que impone costos personales muy elevados para los individuos. Su énfasis en las consecuencias tiene un lado perverso: considerar que las consecuencias pueden ser siempre

²⁰ GREIFF, Pablo de, "Theorizing Transitional Justice", WILLIAMS, Melissa, NAGY, Rosemary y ELSTER, Jon (eds.), *Transitional Justice: Nomos LI*, New York University Press, Nueva York, 2012, p. 43.

alienantes para la persona. La observación es del filósofo Bernard Williams, echa en su célebre crítica al utilitarismo (la forma más refinada del consecuencialismo). Williams lo ilustra con dos “experimentos mentales”, también célebres. En el primero, “Jim” recibe la propuesta por parte de un oficial inescrupuloso de asesinar a un indígena del Amazonas, a cambio, el oficial perdonará la vida a otros veinte. En el segundo, “George” recibe la siguiente propuesta de trabajo: se le ofrece participar en la fabricación de armas de destrucción masiva; si George declina el trabajo, ante la imposibilidad de conseguir otro empleo, su familia vivirá en la pobreza; además, otro candidato, cuyo desempeño resultará aún más nocivo para la humanidad, tomará el trabajo.²¹ Desde la perspectiva utilitaria, nos dice Williams, George y Jim tienen la obligación moral de aceptar las ofertas que tienen en la mesa; aceptar las propuestas es, después de todo, el mal menor. Y, sin embargo, es difícil ignorar que tales propuestas, cuya aceptación, insisto, es obligatoria según el utilitarismo, son sumamente onerosas para ambos personajes; entrañan un sacrificio enorme y una renuncia a sus valores y convicciones. De manera aún más fundamental, implican una abdicación del ejercicio de su voluntad, o a lo que los filósofos suelen llamar la capacidad de agencia. El utilitarismo pide a Jim y a George que se disocien de sus actitudes y convicciones personales y, en su lugar, adopten un punto de vista “impersonal” e “imparcial”: en este caso, el del mal menor, donde se minimiza el número de muertes. Dicho de otra manera, el consecuencialismo es *neutral con respecto al agente* y en esa medida afecta lo que Williams llama la *integridad* de los agentes: su visión del mundo y sus lazos

²¹ WILLIAMS, Bernard, “A Critique of Utilitarianism”, en SMART, J.J.C. y B. WILLIAMS, Bernard (eds.), *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, pp. 77-150.

afectivos con otros individuos y con su comunidad: su voluntad misma.²² Aquí radica el carácter alienante del consecuencialismo.

Una formulación alternativa del consecuencialismo puede renunciar a la neutralidad con respecto al agente y adoptar la llamada relatividad con respecto al agente.²³ Como ya se dijo, el consecuencialismo neutral respecto al agente juzga los actos desde la perspectiva de un observador imparcial.²⁴ Desde tal perspectiva, si Jim y George aceptan las propuestas que tienen ante sí, su decisión será moralmente correcta. Este observador compara dos "mundos": uno en el que estos dos personajes han cometido actos contrarios a la ética deontológica pero el daño ha sido minimizado, y otro mundo donde han cumplido sus deberes deontológicos (renunciando a asesinar a una persona, y a trabajar para la industria armamentística, respectivamente). El primer mundo es claramente superior, y si los agentes no concuerdan con el observador, ello es porque su juicio es equivocado. En contraste con el consecuencialismo neutral respecto al agente, en el consecuencialismo relativo al agente, el observador no es imparcial. Debe asumir el punto de vista de los agentes (Jim y George), lo cual transformará la evaluación de su comportamiento de manera radical. Desde la perspectiva de este consecuencialismo, el mundo en el que han tenido lugar los actos de

²² WILLIAMS, *op. cit.*: 108-118; RAILTON, Peter, "Alienation, Consequentialism, and the Demands of Morality", *Philosophy and Public Affairs*, núm. 13, 1984, pp. 134-71.

²³ SEN, Amartya, "Rights and Agency", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, núm. 1, 1982, pp. 3-39. Así como PORTMORE, Douglas, "Can an Act-Consequentialist Theory be Agent-Relative?", *American Philosophical Quarterly*, vol. 38, 2001, pp. 363-77.

²⁴ SKORUPSKI, John, "Agent-Neutrality, Consequentialism, and Utilitarianism. A Terminological Note", *Utilitas*, núm. 7, 1995, pp. 49-54.

Jim y George *no* es mejor que uno donde tales actos no han tenido lugar, pues en él los agentes se han “ensuciado las manos.” Según el consecuencialismo relativo al agente, pues, un acto es incorrecto moralmente si las consecuencias de sus actos tienen mayor valor *desde la perspectiva del agente*. El mundo donde Jim es un asesino y George, un peón en la industria de las armas no es mejor que el mundo del mal menor, donde se ha minimizado el número de muertes.

Esta reformulación del consecuencialismo puede extrapolarse al caso de la justificación consecuencialista de las amnistías. Tras un escenario de conflicto interno, se plantea la pregunta sobre qué hacer con aquellos individuos que violaron derechos humanos. Puede esgrimirse el argumento de que no ofrecerles una amnistía sería inmoral, porque sin ella, y por la insistencia, inalterable, de castigar a los culpables, el único resultado sería perpetuar los ciclos de violencia. Ésta, sin embargo, es la conclusión del consecuencialismo neutral con respecto al agente, donde es irrelevante la voluntad de los actores responsables de amnistiar a las partes beligerantes y, en cambio, es fundamental la perspectiva impersonal de las “mejores” consecuencias. En contraste, el consecuencialismo relativo al agente no pide lo mismo. Para este consecuencialismo, importa el punto de vista de los agentes, en este caso las autoridades políticas. Y, por lo tanto, no les puede exigir que renuncien a sus convicciones políticas. Si estas autoridades comparten el ideal de que las injusticias históricas deben ser rectificadas (quizás porque ellas mismas fueron sus víctimas en el pasado, como en el caso del expresidente uruguayo José Mujica), y se comprometen públicamente a impulsar medidas de rectificación histórica (como el combate a la impunidad por delitos del pasado), el consecuencialismo relativo al agente no puede exigirles

que al llegar al poder renuncien al cumplimiento de sus convicciones y compromisos. Tal renuncia sería inaceptable para dichas autoridades.

Toda vez que estas autoridades son, desde una perspectiva democrática, representantes (*trustees*) de la ciudadanía, lo que en realidad se pide con las amnistías es que los ciudadanos renuncien a su agencia política. Pero esa sociedad posconflicto apaciguada no es necesariamente una sociedad mejor para quienes vivan en ella después de que se haya aprobado la amnistía. El triunfo electoral de partidos y movimientos políticos que continúan reivindicando políticas de rectificación histórica, a pesar de que se hayan aprobado amnistías (como es el caso uruguayo, argentino o, más recientemente, el salvadoreño, para no ir más allá de América Latina) es una buena muestra de que, desde su perspectiva, una sociedad "amnistiada" no es mejor que una que no lo es. De nueva cuenta, pues, no es claro que el consecuencialismo sea un fundamento sólido para el uso de las amnistías.

4. Conclusiones

En este trabajo he argumentado que el uso de las amnistías no tiene justificación posible en la doctrina ética del consecuencialismo, al menos no en su versión más compleja. En cambio, la oposición deontológica a las amnistías es persuasiva. El uso de las amnistías es una expresión del predominio de la fuerza sobre la justicia y la moralidad, no la encarnación de la ética consecuencialista. Por otra parte, como lo muestran numerosos casos latinoamericanos, las amnistías no son una invitación al olvido, como quería Carl Schmitt, sino a lo sumo una estrategia de postergación: un reconocimiento de que es imposible hacer justicia de manera inmediata, no una re-

nuncia a la búsqueda de justicia. El tiempo es crítico, se dirá, y a veces renunciar a la justicia expedita equivale a renunciar a la justicia, y hay en ello un adarme de verdad. No obstante, también es cierto que es posible distinguir entre dos situaciones morales muy distintas: reconocer que el equilibrio de fuerzas en un momento dado impide (temporalmente) echar a andar la maquinaria de la justicia, por un lado, y validar moralmente el olvido, por el otro.

5. Bibliografía

ESPÍNDOLA, Juan, "The Case for the Moral Permissibility of Amnesties. An Argument from Social Moral Epistemology", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 17, núm. 5, 2014, pp. 971-985.

_____, "The Force of Forgetting or Forced Forgetting? Schmittian Amnesties and Transitional Justice", en CORRADETTI, Claudio, EISIKOVITZ, Nir y VOLPE Rotondi, Jack (eds.), *Theorizing Transitional Justice*, Ashgate Publishing, Farham, Surrey, 2015, pp. 45-58.

FOOT, Philippa, "Abortion and the Doctrine of Double Effect", *Oxford Review*, núm. 5, 1967, pp. 28-41.

FREEMAN, Mark, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

GREIFF, Pablo de, "Theorizing Transitional Justice", en WILLIAMS, Melissa, NAGY, Rosemary y ELSTER, Jon (eds.), *Transitional Justice: Nomos LI*, New York University Press, Nueva York, 2012, pp. 31-77.

KANT, Immanuel, *Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis, Hackett, 1999.

_____, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

MALLINDER, Louise, "Can Amnesties and International Justice Be Reconciled", *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 226-227.

_____, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart, Oxford, 2008.

MAY, Larry, *Crimes Against Humanity. A Normative Account*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004.

MIHAI, Mihaela, "Transitional Justice and the Quest for Democracy. A Contribution to a Political Theory of Democratic Transformations", *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 183-204.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974.

PENSKY, Max, "Amnesty on Trial. Impunity, Accountability, and the Norms of International Law", *Ethics & Global Politics*, vol. 1, núm. 1-2, 2008, pp. 1-40.

PORTMORE, Douglas, "Can an Act-Consequentialist Theory be Agent-Relative?", *American Philosophical Quarterly*, 2001, vol. 38, pp. 363-77.

RAILTON, Peter, "Alienation, Consequentialism, and the Demands of Morality", *Philosophy and Public Affairs*, núm. 13, 1984, pp. 134-71.

RYBERG, Jesper, "Mass Atrocities, Retributivism, and the Threshold Challenge", *Res Publica*, vol. 16, núm. 2, mayo, 2010, pp. 169-179.

SCHMITT, Carl, "Amnistía es la fuerza de olvidar," *El País*, 21 de enero de 1977. Disponible en http://elpais.com/diario/1977/01/21/opinion/222649207_850215.html.

SEN, Amartya, "Rights and Agency", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, núm. 1, 1982, pp. 3-39.

_____ y WILLIAMS, Bernard (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

SKORUPSKI, John, "Agent-Neutrality, Consequentialism, and Utilitarianism. A Terminological Note", *Utilitas*, vol. 7, 1955, pp. 49-54.

THOMSON, Judith Jarvis, "Killing, Letting Die, and the Trolley Problem", *The Monist*, núm. 59, 1976, pp. 204-17.

TRUMBULL, Charles P., "Giving Amnesties a Second Chance", *Berkeley Journal of International Affairs*, vol. 25, núm. 2, 2007, pp. 283-345.

VERDEJA, Ernesto, *Unchopping a Tree. Reconciliation in the Aftermath of Political Violence*, Temple University Press, Filadelfia, 2009.

WILLIAMS, Bernard, "A Critique of Utilitarianism", en SMART, J. J. C. y WILLIAMS, Bernard (eds.), *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, pp. 77-150.

JUSTICIA TRANSICIONAL, OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR Y LEYES DE AMNISTÍA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Errandonea*

Sumario: 1. Introducción. 2. La justicia transicional y los dilemas de las sociedades en transición. 3. La obligación de investigar y las amnistías. 4. Debates en torno a la naturaleza de la obligación de investigar y de la prohibición de amnistiar graves violaciones a los derechos humanos en escenarios de posautoritarismo o de posconflicto. 5. Conclusiones; 6. Referencias.

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos jugó y sigue jugando un papel fundamental en el desarrollo de estrategias encaminadas a luchar contra la impunidad, al reconocimiento de los derechos de las víctimas y al establecimiento de un marco jurídico internacional que sirva de sustento para orientar las sociedades cuando éstas deben tomar decisiones destinadas a enfrentar un legado de violaciones a los derechos humanos. En ese contexto, el tribunal ha ido acompañando un proceso de cambio de paradigma en el Derecho internacional en torno a la consolidación de la prohibición de admitir la validez de las amnistías a los autores de crímenes interna-

* Abogado uruguayo y licenciado en relaciones internacionales de la Universidad de la República en Uruguay, Master en Estudios Latinoamericanos del Instituto de Altos Estudios de América Latina (IHEAL) de la Universidad La Sorbonne Nouvelle Paris III. Actualmente, trabaja como abogado coordinador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica. Datos de contacto: errandonea.jorge@gmail.com. Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se agradecen los valiosos comentarios de Adriana Caicedo Trujillo.

cionales. Este trabajo analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha ido contribuyendo a generar esa nueva "intolerancia" desde el Derecho internacional con respecto a ese tipo de instrumentos. Asimismo, busca determinar cuál es la naturaleza de esa prohibición y en particular su grado de obligatoriedad en contextos extraordinarios caracterizados por transiciones políticas o de finalización de un conflicto armado. Para efectuar ese análisis se analizará la jurisprudencia de ese tribunal dentro del marco teórico de la llamada *justicia transicional*. A la postre, se concluirá que la prohibición de amnistiar la conductas constitutivas de crímenes internacionales es un *principio* que no es absoluto, el que puede ser ponderado con otros principios y obligaciones de los Estados, según las circunstancias particulares de cada contexto y de cada proceso de transición.

Palabras clave: amnistía, justicia transicional, obligación de investigar, Corte IDH, crímenes internacionales, graves violaciones a los derechos humanos.

1. Introducción

Desde hace varios años, las instituciones del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) han venido desarrollando una serie de estándares que concierne a las obligaciones de los Estados de investigar y, en su caso, juzgar y sancionar, a los autores de crímenes internacionales cometidos en el marco de conflictos armados o durante la vigencia de regímenes autoritarios. En efecto, en el lapso de unas dos décadas, se ha pasado de un paradigma de acuerdo al cual la impunidad por los crímenes internacionales o de graves violaciones a los derechos humanos (GVDH)¹ era una

¹ Si bien la expresión "crímenes internacionales" puede referirse tanto a los crímenes contemplados en los estatutos de los principales tribunales penales internacionales, como a los crímenes transnacionales (narcotráfico, piratería, trata de personas, blanqueo de dinero, entre otros), para los fines de este texto se utilizará para designar a los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra. También se hará referencia a la expresión "graves violaciones de los derechos humanos" (GVDH) utilizada particularmente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Dicha expresión debe, sin embargo, ser manejada con precaución puesto que se trata de una categoría gaseosa sin una definición que describa precisamente sus características, y enumere taxati-

práctica frecuente en contextos de transiciones políticas o de salidas de conflictos armados, a una situación en la cual la falta de investigación y en su caso de castigo por esos crímenes ya no es tolerada con tanta facilidad.

En este artículo se pretende analizar algunas problemáticas relacionadas con los componentes de la llamada Justicia Transicional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Concretamente, se plantea abordar los estándares desarrollados por ese tribunal regional en torno a la obligación de investigar como a la prohibición de amnistiar GVDH, así como a su impacto y su aplicación en escenarios de sociedades en transición. Además, el artículo buscará llegar a algunas conclusiones sobre el carácter absoluto o no de la prohibición de amnistiar esas conductas, establecida por el Derecho internacional (DI) y sobre las eventuales implicaciones que podría acarrear en futuros casos. En particular, este documento sostiene que la prohibición de amnistiar GVDH sería una norma del Derecho internacional que reviste el carácter de "un principio", el cual, contrariamente a las reglas, podría ser ponderable con otros principios.

El análisis se desarrolla desde el marco teórico de la JT debido al hecho que esa disciplina ofrece las herramientas adecuadas para abordar los dilemas inherentes a los contextos en los cuales se han producido violaciones masivas a los derechos humanos y en los cuales la posibilidad de brindar justicia enfrenta dificultades y obstáculos de diversas naturalezas.

vamente todas las conductas que son abarcadas por ese concepto (por ejemplo, la Corte IDH suele designar algunas conductas que encajarían dentro de esa categoría pero nunca ha definido claramente sus contornos y alcances).

El texto se encuentra dividido en tres apartados principales. El primero busca definir en términos generales la naturaleza, dilemas, objetivos y componentes de la JT, subrayando los desarrollos de esa disciplina en la jurisprudencia de la Corte IDH. El segundo aborda uno de los elementos de la JT, a saber aquel que se refiere específicamente a la justicia penal y a la obligación de investigar los delitos más graves de conformidad con el DI. En ese apartado se hará un énfasis particular en los criterios planteados en las decisiones del tribunal interamericano. En último lugar, el texto se refiere de forma breve a los conceptos básicos que distinguen los principios de las reglas y efectúa un análisis en torno a la naturaleza de la obligación de investigar y de la prohibición de emitir amnistías que benefician a los autores de hechos constitutivos de GVDH, en especial a la luz de lo indicado por la Corte IDH.

Resulta importante señalar que este trabajo se concentra en decisiones de tribunales internacionales, en particular de la Corte IDH. Lo anterior no implica necesariamente que se considere que los aportes de órganos del DIDH con una naturaleza "cuasi-judicial" no hubiesen realizado aportes fundamentales al desarrollo de la JT. En ese sentido, como lo señala Ariel Dulitzky la "visión del sistema desde la perspectiva de los casos resueltos es limitada y problemática" siendo que "resulta indispensable mirar al Sistema Interamericano desde la perspectiva de las diferentes facultades asignadas a la Corte y a la Comisión" y si se analizara "de manera exclusiva la Comisión, se observa[ría] cómo ha utilizado distintas herramientas a su disposición para insertarse en el debate público sobre justicia transicional".²

² DULITZKY, Ariel, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV. *Victimas sin mordaza. El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, The United States Institute for Peace, Washington, 2007, p. 172.

2. La justicia transicional y los dilemas de las sociedades en transición³

Para los efectos de este artículo, se considera que el término justicia transicional se refiere a aquella disciplina o campo de actividades, con un enfoque *pluridisciplinario*, *integral* y *holístico*, que pretende aportar soluciones y herramientas a las sociedades para enfrentar un legado de GVDH que tuvieron lugar en un momento determinado de la historia con los objetivos de alcanzar la reconciliación nacional, contribuir a consolidar la democracia y/o el Estado de Derecho, reparar a la víctimas e instaurar una convivencia pacífica en aras de que no se repitan los mismos hechos.⁴

Los métodos de la JT y su marco teórico suelen concentrarse, principalmente, en los desafíos planteados por las transiciones de la guerra a la paz, de gobiernos autoritarios a la democracia⁵ que pueden dar lugar a “transformaciones políticas y

³ Este acápite retoma y actualiza algunas ideas que ya fueron desarrolladas en los siguientes textos: ERRANDONEA, Jorge, “Justicia transicional en Uruguay”, *Revista IIDH*, vol. 47, 2008, pp. 13-69; ERRANDONEA, Jorge, *et al.*, “Justicia transicional en Colombia”, en FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia (ed.), *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bogotá, 2012.

⁴ Cfr. BICKFORD, Louis, “Transitional Justice”, en SHELTON, Dinah (ed.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, MacMillan-Thomson Gale, USA, tomo 1, 2004, pp. 1045-1047; LANDMAN, Todd y ROBINSON, Neil (eds.), *The SAGE Handbook of Comparative Politics*, Sage Publications, Londres, 2009, pp. 498-499, y ERRANDONEA, Jorge, “Justicia transicional en Uruguay”, *art. cit.*, p. 13. Del mismo modo, esa disciplina “debe tratar más ampliamente las causas profundas de los conflictos y las violaciones conexas de todos los derechos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición*, 6 de agosto de 2009, A/HRC/12/18, párr. 3.

⁵ Véase la definición propuesta en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616 de 3 de agosto de 2004, párr. 8: “La noción de ‘justicia de transición’ que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr

sociales".⁶ Las herramientas o mecanismos utilizados por la JT también pueden ser aplicados en democracias consolidadas, en donde se pretende reparar injusticias o GVDH ocurridas varias décadas o siglos atrás.⁷ En consonancia con lo anterior, la JT actúa en contextos en los cuales "la demanda de justicia se encuentra a su máximo nivel, mientras que la posibilidad de brindar justicia se encuentra a su nivel más bajo".⁸

Lo anterior se debe a que por lo general en esos escenarios, los mecanismos *ordinarios* que se encuentran a disposición para enfrentar un legado de injusticias y/o violaciones a los DDHH (jurisdicciones penal, contencioso administrativa o civil), suelen estar marcados por un debilitamiento institucional, carecer de medios y/o de personal capacitado, y en algunos casos, con altos niveles de corrupción e ineficiencia o integrada total o parcialmente por agentes del régimen anterior o personas que tienen un grado de responsabilidad frente a lo sucedido.⁹ Por otro lado, el número

la reconciliación". Asimismo, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre actividades en materia de derechos humanos y justicia de transición realizadas por componentes de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas*, 7 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/93, párr. 5.

⁶ Cfr. FREEMAN, Mark, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009, p. 18.

⁷ Por ejemplo, Canadá ha hecho uso de las herramientas de JT para enfrentar un legado de abusos cometidos contra los niños autóctonos en internados escolares que ocurrieron durante varias décadas durante los siglos 19 y 20. Vid. Ken-Cooper Stephenson, *Reparations for residential School Abuses in Canadá: litigation, ADR, and Politics*, en Max du Plessis et al., *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights abuses*, Intersentia, Amberes, 2007. Asimismo, véase. Naomi Roht-Arriaza, y Javier Mariezcurrena, (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-first Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 1; Mark Freeman, *Ibidem*, y Centro Internacional para la Justicia Transicional, Hoja informativa ¿Qué es la Justicia Transicional?, ICTJ, 2009 visitada por última vez el 1 de octubre de 2016. <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

⁸ FREEMAN, Mark, *op. cit.*, p.18.

⁹ Cfr. BICKFORD, Louis, "Transitional Justice", *op. cit.*

elevado de víctimas y de perpetradores,¹⁰ la existencia de complejas estructuras de criminalidad (en ocasiones organizadas desde el aparato estatal), difícilmente le permiten a las instituciones judiciales – concebidas para abordar operar en situaciones en donde la conducta delictiva constituye la excepción y no la regla¹¹ – llevar a cabo la persecución penal a todos los autores de esas GVDH y brindar reparaciones a todas las víctimas.

En esas situaciones excepcionales, la *justicia ordinaria* se muestra inadaptada o insuficiente para enfrentar legados de injusticias pasadas de esa magnitud. Como consecuencia de ello, inevitablemente, las GVDH permanecerían en la impunidad y la mayoría de las víctimas sin reparación ni reconocimiento.¹²

Para solucionar los dilemas inherentes a esas circunstancias, se han ido implementando en diferentes contextos –a nivel nacional e inclusive a nivel internacional– políticas substitutivas y/o complementarias de la justicia ordinaria prevista en los ordenamientos jurídicos, que toman en cuenta otros valores o necesidades (como la paz, la democracia o el Estado de Derecho) y basados en una noción de justicia más

¹⁰ FORSYTHE, David P., *Human Rights in International Relations*, 2a. ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 89.

¹¹ Cfr. FREEMAN, Mark y MAROTINE, Dorothée, *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?*, International Center for Transitional Justice, 19 de noviembre de 2007, p. 2.

¹² Ese fenómeno en el cual unos pocos responsables de las GVDH son juzgados, es conocido en la literatura con la denominación en inglés *impunity gap*. Véase por ejemplo uno de los varios casos en el informe de Human Rights Watch, *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia's War Crimes Chambers*, febrero de 2007, vol. 19, núm. 1(D), p. 2 y 19. Asimismo KLEFFNER, Jann K., et al. (eds.), *Complementary views on complementarity: proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2006, p. 96.

amplia e integral.¹³ Así, en el marco de la teoría de la JT se suelen distinguir pilares o grandes temas de actuación que, en conjunto –de forma holística e interdependiente– impactarían sobre los objetivos de paz, democratización, reconciliación, reparación a las víctimas y consolidación del Estado de Derecho. De ese modo se destacan las políticas que giran en torno a la justicia, a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición.¹⁴ Algunos autores identifican las políticas de memoria como un quinto pilar de la JT.¹⁵

Los ejes de actuación para la realización concreta de los principios establecidos en cada uno de esos pilares se hacen efectivos por medio de distintos mecanismos que históricamente surgieron, por lo general, como políticas *ad hoc* que se fueron definiendo “en la práctica”, y no correspondiendo a una matriz o a un plan estratégico de base predefinido. Así se cuenta con ejemplos de mecanismos como las comisiones de la verdad, los programas de reparación, los procedimientos judiciales penales, las reformas a las instituciones, la educación en DDHH o los mecanismos de *vetting*.¹⁶

Cabe resaltar que estos mecanismos no son sustitutos de la persecución penal a los autores de GVDH, por el contrario, pueden funcionar de forma complementa-

¹³ Cfr. BICKFORD, Louis, “Transitional Justice”, *op. cit.*

¹⁴ Cfr. O’FLAHERTY, Michael (ed.), *The Human Rights Field Operation: Law, Theory and Practice*. Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007, pp. 141-142.

¹⁵ Véase BICKFORD, Louis, “Transitional Justice”, *op. cit.*

¹⁶ El *vetting* consiste en separar de los cargos públicos y de los sectores de seguridad del Estado los autores de violaciones a los derechos humanos, como forma de prevenir futuras violaciones. Por más información sobre los mecanismos de *vetting*, véase, MAYER-RIECKH, Alexander y GREIFF, Pablo de (eds.), *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Justice*, Social Science Research Council, Chicago, 2007; Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States. Vetting: An Operational Framework*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2006.

ria.¹⁷ En ese sentido, la JT no es un tipo de justicia de *segunda categoría*, sino que es característica, más bien, de una idea de justicia que reconoce las insuficiencias de los mecanismos de justicia *ordinarios* y propone un enfoque más completo para enfrentar ese legado de GVDH.

Si bien la idea de diseñar y ejecutar programas fundados en el concepto de *justicia retroactiva*, luego de periodos de violencia en los cuales se violaron masivamente los DDHH o se cometieron injusticias, no es novedosa,¹⁸ o inclusive la idea de una justicia internacional por los crímenes más graves tampoco lo es,¹⁹ existe un consenso importante en torno al hecho según el cual los orígenes de la JT moderna se remontan al siglo XX. Así, algunos sostienen que la terminación de la Primera Guerra Mundial habría marcado ese momento²⁰ mientras que otros la asocian con la ola de transicio-

¹⁷ Véase BIANCHINI, Stefano, *Partitions: Reshaping States and Minds*, Routledge, Nueva York, 2005, p. 33.

¹⁸ Jon Elster reporta casos encontrados desde la Antigüedad, en la Atenas de los años 411 y 403 a.C. Véase, ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 17 y ss. Véase, igualmente, BASS, Gary Jonathan, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crime Tribunals*, Princeton Studies in International History and Politics, Princeton, 2000, pp. 37-57 En el mismo sentido, ELSTER, Jon, "Preference Formation in Transitional Justice", en KATZNELSON, Ira y WEINGAST, Barry (ed.), *Preferences and Situations: Points of Intersection Between Historical and Rational Choice Institutionalism*, The Russel Sage Foundation, Nueva York, 2005, pp. 247 y ss.; y Elisabeth Lira y Brian Loveman mencionan el ejemplo de las políticas de reparación y de Justicia Transicional en Chile como consecuencia de la guerra civil de 1830. LIRA, Elisabeth y LOVEMAN, Brian, *Políticas de reparación. Chile 1990 – 2004*, LOM Ediciones, Santiago, 2005, pp. 22 y ss.

¹⁹ Véase, por ejemplo, el proceso y la condena por un tribunal internacional en 1474 al Duque Pierre de Hagenbach, gobernador de la ciudad de Breisach en donde hizo reinar una verdadera tiranía. Esa persona fue condenada por haber violado las leyes de "Dios y de los hombres". Véase SHELTON, Dinah (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity, op. cit.*, p.1144; o GREPPI, Eduardo, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law", en *International Review of the Red Cross*, núm. 835, 30 de septiembre de 1999, pp. 531- 553; LEONARD, Eric K., *The Onset of Global Governance: International Relations Theory and the International Criminal Court*, Ashgate Publishing, Ltd., 2005, p.19; ALEXANDROWICZ, Charles Henry, *Grotian Society Papers: Studies in the History of the Law of Nations*, The Hague, Países Bajos, 1970, p. 46 y ss.

²⁰ Véase TEITEL, Ruti, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 69-94, y TORPEY, John, "Victims and Citizens: the discourse of Reparation(s) at the dawn of the new millennium", en DE

nes hacia la democracia y modernización que comenzó en la década de 1980 y con los mecanismos de rendición de cuentas por GVDH.²¹

El marco teórico de la JT se fue desarrollando por dos vías que también operaron una sobre la otra de forma virtuosa. Por un lado a través de las experiencias nacionales y por otro a través del avance paulatino del DI. De esa manera, paralelamente a las distintas políticas implementadas en el contexto de procesos locales, el DI y la jurisprudencia internacional han contribuido a establecer en términos generales un marco normativo de la JT.²²

Sin perjuicio del hecho de que la JT se caracteriza por sus aspectos casuísticos y contextuales que moldean su cauce en cada lugar donde es aplicada; y de que en esos periodos los movimientos por las cuales se tiende a *adecuar el derecho a los hechos de la realidad* suelen producirse con mayor intensidad de lo usual.²³ También es cierto que existen pautas del derecho que en grandes líneas brindan herramientas concretas a las sociedades a la hora de enfrentar un legado de GVDH. Así, desde finales de la Segunda Guerra Mundial y más fuertemente, a lo largo de las últimas dos décadas, el DI fue elaborando un verdadero marco jurídico internacional de la JT que denota consensos globales en torno a los requerimientos básicos de la justicia en periodos

FEYTER, K., *et al.* (eds.), *Out of Ashes. Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Inter-sentia, Amberes, Oxford, 2005, p. 36.

²¹ Véase, por ejemplo, FREEMAN, Mark, *Necessary Evils*, *op. cit.*, p. 18, BICKFORD, Louis "transitional Justice", *op. cit.* En ese mismo sentido Gary Jonathan Bass, *op. cit.*, p. 37.

²² Cfr. ICTJ, Hoja informativa *¿Qué es la Justicia Transicional?*, *op. cit.*

²³ Lo anterior ocurre en la medida en que la JT actúa en situaciones extraordinarias que precisamente no son susceptibles de ser abordadas por medio de las herramientas de justicia previstas para situaciones de normalidad.

de transición.²⁴ Distintas ramas del DI contribuyeron a esa construcción jurídica, como por ejemplo el Derecho penal internacional (DPI), el Derecho internacional humanitario (DIH) y el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), sea a través de tratados, de instrumentos de *soft law*, jurisprudencia de órganos con funciones judiciales, cuasi judiciales, o informes de entidades internacionales.

A pesar de nunca haberse, referido específicamente a la teoría de la JT, a excepción de dos casos recientes,²⁵ la Corte IDH tampoco ha sido ajena a esos desarrollos y –casi que *malgré elle*– ha realizado aportes fundamentales a su marco jurídico en todos sus componentes desde sus primeras sentencias del año 1988.²⁶ En cada una de las dimensiones de la JT, fue decisiva desde una doble perspectiva. Por un lado, a través del desarrollo en los diversos componentes teóricos entendidos de forma abstracta y general de esa disciplina (por ejemplo el derecho a la verdad, a la reparación, o a la justicia); y por otro lado, directamente, ordenando acciones específicas, relacionadas con la JT.

Del mismo modo, la Corte IDH ha sido constante en sostener que los componentes de verdad, justicia, reparación o garantía de no repetición, no funcionan como

²⁴ Véase BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en UPRIMNYEPES, Rodrigo, *et al.*, ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Dejusticia, Bogotá, 2006, pp. 45-108.

²⁵ Cfr. 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 y *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

compartimentos estancos y que, por el contrario, se encuentran vinculados de manera holística e interdependiente. Así, es reiterada la jurisprudencia de ese tribunal en donde se indica que las investigaciones de los hechos constituyen una forma de reparación,²⁷ que la lucha contra la impunidad constituye un medio para evitar que hechos de la misma naturaleza se vuelvan a repetir,²⁸ que la investigación de las GVDH es crucial para la consecución del derecho a la verdad judicial,²⁹ o que el conocimiento de la verdad sobre hechos violatorios a los derechos humanos constituye una forma de reparación.³⁰

La jurisprudencia del tribunal interamericano vinculada con el pilar “verdad” ha sido prolífica; y, en particular, en lo que se refiere a los alcances del derecho a la “verdad judicial”,³¹ tuvo la oportunidad de referirse a sus dimensiones individuales y colectivas, a sus destinatarios, a su naturaleza y a los derechos que la componen, a

²⁷ Las sentencias de la Corte IDH incorporan muy a menudo un apartado de investigación dentro del capítulo de reparaciones.

²⁸ Cfr. Entre varias sentencias, 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. 126 o *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 164.

²⁹ Cfr. Entre varias sentencias Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 244, o *Caso García y familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 130.

³⁰ Cfr. Entre varias sentencias, Corte IDH. *Caso Goiburú y otros, op. cit.*, párr.164 o *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 264.

³¹ La verdad judicial sería aquella “obtenida a través de los procesos judiciales seguidos en contra de los victimarios de crímenes atroces, y que puede o bien ser declarada expresamente por el Juez, o bien inferirse del procedimiento y de la decisión judicial”, véase UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON, María Paula, “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2006, p. 11. Para una referencia a los distintos mecanismos que hacen efectivo el derecho a la verdad judicial, véase ONU, *Estudio sobre el Derecho a la Verdad*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 9 de enero de 2006, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2006/91, párr. 47-54.

su estrecha relación con otros derechos, así como a las formas de hacerlo efectivo.³² En lo que atañe a los mecanismos de “verdad extrajudicial”,³³ como por ejemplo las Comisiones para la Verdad, la Corte IDH ha sido más prudente y se ha limitado a utilizar las conclusiones de dichas comisiones en la construcción de los hechos probados de sus propias resoluciones.³⁴ Por otra parte, en varias de sus decisiones, ha reservado un lugar privilegiado a la verdad judicial señalando por ejemplo que los mecanismos de verdad extrajudicial no constituyen substitutos de ésta, a pesar de valorar positivamente los esfuerzos de los Estados para fomentar esos procedimientos.³⁵

Sin mengua de lo señalado, aún persisten desafíos teóricos que deben ser abordados por ese tribunal a la hora de analizar ese componente de la JT; como, por ejemplo, aquellos relacionados con las complementariedades entre la verdad judicial y la extrajudicial,³⁶ el valor de la verdad judicial y su relación con la verdad real de lo

³² Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara*, *op. cit.*, párr. 264.

³³ La verdad extrajudicial sería “aquella verdad reconstruida en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad, que carecen, no obstante, del carácter judicial y de las funciones que de éste pueden derivarse”, véase, UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Saffon, María Paula, *op. cit.*, p.11.

³⁴ Véase, entre varios ejemplos, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311. *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. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283 o *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

³⁵ Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 224.

³⁶ Véase UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Saffon, María Paula, *op. cit.*, p.10 y ss.

ocurrido, en particular en escenarios en los cuales los procedimientos judiciales internos son de tipo adversarial,³⁷ o sobre el valor probatorio de las conclusiones vertidas en un mecanismo de verdad extrajudicial y su impacto en el debido proceso, sea éste penal o de responsabilidad estatal.³⁸

En lo que atañe a la dimensión vinculada con las reparaciones, por un lado la Corte IDH ha incorporado en su análisis los estándares de la reparación del daño material e inmaterial característicos de los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales deben considerar la situación y las circunstancias particulares de cada una de las víctimas, aunque, la verdadera contribución de la Corte al desarrollo de la teoría de las reparaciones, sea en contextos de JT, sea en otros contextos “no transicionales”, consistió en adherirse y desarrollar jurisprudencialmente la idea según la cual las reparaciones deben comprender dimensiones no pecuniarias para realmente ser efectivas e integrales.³⁹ Es así, que al igual que lo que fuera planteado por ejemplo en

³⁷ Véase TARUFFO, Michele, *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Barcelona, 2010; NAQVI, Yasmin, “The Right to the Truth in International Law: fact or fiction?”, en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio de 1999, pp. 245-273; PASTOR, Daniel R., *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2009. Asimismo, SIMON, Jan-Michael, *El esclarecimiento de la verdad en las violaciones masivas de los DD. HH.* Discurso en el Seminario Internacional sobre “Verdad, Memoria e Historia”, Santa Marta/Colombia, 23 de noviembre 2009. Asimismo, GALAIN PALERMO, Pablo, “Relaciones entre el «derecho a la verdad» y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai, et al., (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. II, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2011, pp. 249-282.

³⁸ Véase, FREEMAN, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; o BARBOSA CASTILLO, Gerardo y BERNAL PULIDO, Carlos (eds.), *El análisis del contexto en la investigación penal. Crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

³⁹ Véase NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007. Véase, asimismo, LÓPEZ DÍAZ, Claudia (ed.), *Daño y Reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, GIZ-GbHmb, Bogotá, 2010, p. 228.

la resolución 60/147 de 2005 de la Asamblea General de Naciones Unidas,⁴⁰ o en varios escenarios nacionales que habían incorporado esas líneas teóricas en sus programas de reparación administrativa,⁴¹ la Corte IDH se refiere en sus fallos, sistemáticamente, a varias medidas de reparación no pecuniarias como lo son las medidas de satisfacción, restitución o rehabilitación,⁴² siendo que entre las mismas debe existir una *coherencia o integralidad interna* además de *externa*.⁴³

Por último, cabe mencionar que algunas sentencias de la Corte IDH se han adentrado a examinar la relación existente entre por un lado los programas de reparación administrativa y los estándares interamericanos sobre reparación integral, por el otro.⁴⁴ En esos casos, el tribunal osciló entre posiciones en las cuales se le dio

⁴⁰ Véase GREIFF, Pablo de (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, y NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, HR/PUB/08/1, 2008.

⁴¹ Véase GREIFF, Pablo de (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, y Naciones Unidas, OACDH, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, HR/PUB/08/1, 2008.

⁴² Véase NASH ROJAS, Claudio, *op. cit.*

⁴³ De acuerdo a la Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos "[m]ientras que la coherencia o integridad externas se refieren a la relación entre los esfuerzos de reparación y otras medidas de justicia, la coherencia o integridad interna se refieren a si los diversos beneficios distribuidos por un programa de reparaciones son compatibles entre sí y se apoyan mutuamente". *Cfr.* Naciones Unidas, Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, *op. cit.*, p. 35; y GREIFF, Pablo de, "Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations", en GREIFF, Pablo de (ed.), *The Handbook of Reparations*, *op. cit.* p. 10.

⁴⁴ *Cfr.* 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, o *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica vs. Colombia*, *op. cit.*

preferencia a lo establecido en los programas de reparación,⁴⁵ y posiciones que únicamente consideraron el caso concreto sin que se busque mantener una congruencia con respecto a situaciones similares que no fueron objeto de una petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que a nivel interno son objeto de un tratamiento distinto en los programas administrativos (y por lo general menos favorable).⁴⁶

En lo atinente al pilar “garantías de no repetición”, en numerosos casos la Corte ha ordenado a los Estados adoptar o derogar leyes;⁴⁷ modificar programas de capacitación a funcionarios públicos;⁴⁸ implementar modificaciones edilicias y diversas

⁴⁵ Cfr. 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 o *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara*, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250. Véase, asimismo, SANDOVAL, Clara, “Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes”, en *The International Journal of Human Rights*, DOI, 2017, pp. 1-17. Ariel Dulitzky, por ejemplo, señala que “si se pretendiera utilizar como parámetro de las reparaciones internas los montos que asigna la Corte en caso de violaciones al derecho a la vida, por cada persona ejecutada el Estado peruano debería abonar montos que oscilarían entre 80 000 y 200 000 dólares. Esto arrojaría un total aproximado entre 5.52 y 13.8 mil millones de dólares, lo que representaría un alto porcentaje del producto interno bruto o casi la totalidad del presupuesto anual del Estado peruano”. DULITZKY, Ariel, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁷ Entre varias decisiones, véase, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, o *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

⁴⁸ Entre varias decisiones, véase, Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298 o *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2015. Serie C No. 295.

prácticas en centros de reclusión;⁴⁹ desarrollar campañas de sensibilización a la población para erradicar prácticas discriminatorias⁵⁰ incorporando una perspectiva de reparaciones de tipo “transformadoras”.⁵¹

Sobre el mecanismo conocido como *vetting*, la Corte IDH únicamente cuenta con una sentencia que se refiere al mismo (*Caso Fleury y otros vs. Haití*).⁵² Lo anterior se explica porque la jurisprudencia de la Corte, contrariamente a lo indicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el cual no considera aplicable el derecho a las garantías judiciales a todos los procesos relacionados con funcionarios públicos,⁵³ es constante en afirmar que los actos administrativos de tipo sancionatorios,

⁴⁹ Entre varias decisiones, véase, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, o *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

⁵⁰ Tomando en consideración la situación de discriminación en contra de la mujer, ordenó al Estado la realización de un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. *Cfr.* Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

⁵¹ Este tipo de reparaciones busca dos objetivos: por un lado abordar la reparación desde un punto de vista de justicia correctiva enfrentando el sufrimiento ocasionado a las víctimas y por otro se trata “de impulsar una transformación democrática de las sociedades, a fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad que [...] pudieron alimentar la crisis humanitaria y la victimización desproporcionada de los sectores más vulnerables. Sobre el concepto de reparaciones de tipo transformadoras, véase UPRIMNY Y., Rodrigo, *et al.*, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 31-70.

⁵² En ese caso, la Corte ordenó al Estado “adoptar las decisiones institucionales y dar las instrucciones que correspondan para revisar y fortalecer sus mecanismos y órganos de rendición de cuentas de miembros de la Policía Nacional de Haití que puedan estar involucrados en violaciones a los derechos humanos”. Además, el Tribunal relacionó los mecanismos de rendición de cuentas con lo indicado por la Comisión IDH y el Experto independiente sobre la situación de los derechos humanos en Haití de Naciones Unidas sobre la “importancia de llevar a cabo un eficaz proceso de selección y de certificación de nuevos reclutas y oficiales existentes para excluir a los que hayan participado en actos de corrupción, violaciones de derechos humanos y otros delitos”. Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs. 131-132.

⁵³ *Cfr.* TEDH, *Caso Pellegrin vs. Francia*, No. 28541/95, Sentencia de 8 de diciembre de 1999, y *Caso Vilho Eskelinen y otros vs. Finlandia*, No. 63235/00, Sentencia de 19 de abril de 2007, párr. 62. Asimismo, ANDREU-GUZMÁN, Federico,

comprendiendo la destitución de cualquier funcionario público (una alta autoridad del Estado o un magistrado entraría en esa categoría), deben ajustarse y cumplir con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁵⁴ Por otra parte, la Corte IDH también estableció, tal como lo dispone el artículo 23.2 de la CADH, que únicamente es posible restringir los derechos políticos contenidos en el artículo 23 mediante una condena por un juez competente en el marco de un proceso penal.⁵⁵ Consecuentemente, los mecanismos de *vetting* ampliamente promovidos desde diversas agencias de Naciones Unidas en contextos de posconflicto o posautoritarismo,⁵⁶ podrían no resultar siempre conformes con los estándares de la Corte IDH, y encontrar mayores dificultades en ser aplicados en la región.

En lo que respecta al cuarto pilar, el que corresponde a la *justicia*, nos referiremos al mismo en el siguiente acápite.

"Due Process and Vetting", en MAYER-RIECKH, Alexander, *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 466. Por otra parte, véase HAMILTON, Michael, "Transition, political loyalties and the order of the state", en HAMILTON, Michael, *et al.* (eds.), *Transitional jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2011, pp.151-184.

⁵⁴ Véase. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez*, *op. cit.*, y Corte IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 164-166.

⁵⁵ Véase Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr 107.

⁵⁶ Véase. Naciones Unidas, OACDH, *Vetting: an operational framework*, *op. cit.*, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párrs. 52-53. Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al Estado de Derecho, A/61/636-S/2006/980, 14 de diciembre de 2006.

3. La obligación de investigar y las amnistías⁵⁷

Mientras que el término JT está asociado con la justicia en un sentido amplio, este pilar se refiere a un concepto de justicia más restringido, que, por lo general, se verifica a través de procesos penales y/o sancionatorios (nacionales o internacionales, aunque también existen formas de “justicia tradicional” que también puede ser entendida como un mecanismo de justicia).⁵⁸

En lo que atañe al marco jurídico internacional del pilar *justicia*, o también referido como “derecho a la justicia”, este retoma esencialmente los desarrollos del DI en la materia, específicamente de las instituciones del DIDH y del DPI, que han venido desarrollando una serie de estándares que conciernen las obligaciones a cargo de los Estados de investigar y, en su caso, juzgar y sancionar, a los autores de crímenes internacionales cometidos en el marco de conflictos armados o durante la vigencia de regímenes autoritarios.⁵⁹ Generalmente, mediante ese tipo de medidas se busca desen-

⁵⁷ Este acápite retoma y actualiza algunas ideas que ya fueron desarrolladas en: ERRANDONEA Jorge, *et al.*, “Justicia transicional en Colombia”, *op. cit.*, y ERRANDONEA, Jorge, *Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el caso de Uruguay*, Aportes DPLF, año 6, núm. 18, 2013

⁵⁸ Véase HUYSE, Luc, *et al.* (ed.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Estocolmo, 2008.

⁵⁹ Para una descripción sistematizada de los estándares de investigación, véase GALVIS, María Clara, “La debida diligencia judicial en la investigación de la violencia basada en género”, en *Visibilizar la violencia de género*, GIZ, Bogotá, 2011, pp. 53-80; Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Guía para Profesionales N° 3, Ginebra, 2008; y BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, “Estándares Internacionales y Procesos de Transición en Colombia”, en RETTBERG, Angelika (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, pp. 19-66.

cadena de acciones concretas por parte de los sistemas de justicia para poner fin a las situaciones de impunidad que caracterizan los crímenes cometidos en esos contextos.

En términos similares, e independientemente de que exista un contexto de GVDH, la Corte IDH al igual que otros órganos del DIDH, se refirió a la obligación de investigar, indicando que se trata de una obligación internacional de los Estados⁶⁰ que surge del deber de garantizar los derechos a cargo de los mismos.⁶¹ Por otra parte, el conjunto de obligaciones internacionales que deben ser acatadas por los Estados respecto de actos criminales cometidos en contextos caracterizados por GVDH fue paulatinamente abarcando, entre otros aspectos, la reinterpretación de ciertas garantías judiciales de los procesados por crímenes internacionales⁶² (no retroactividad penal, prescripción, cosa juzgada y *ne bis in idem*) así como ciertas obligaciones de cooperación internacional en materia de investigación y extradición,⁶³ limitaciones a la jurisdicción

⁶⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, *op. cit.*, párr. 287; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 298; *TEDH, Ergi vs. Turquía*, No. 66/1997/850/1057, Sentencia de 28 de julio de 1998, párrs. 85-86; Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, p. 45, BOTERO, C., y RESTREPO SALDARRIAGA, E., *op. cit.* p. 33.

⁶¹ Cfr. DULITZKY, Ariel, "Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos", en MARTÍN, Claudia, *et al.*, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2004, pp. 85 y 86; MEDINA, Cecilia, *et al.*, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 19 y ss.

⁶² Véase Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc.E /CN.4/Sub.2/1997/20/ Rev.1, anexo ii, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, (Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad), Principio 23, y *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, Principio 22.

⁶³ Véase PARRA VERA, Oscar, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, núm. 01, noviembre de 2012, pp. 5-51.

militar⁶⁴ o a la posibilidad de argumentar la causal de obediencia debida para exonerarse de responsabilidad criminal.⁶⁵ Del mismo modo, esos estándares también se refieren a la prohibición de amnistiar o indultar a los responsables de crímenes internacionales.

En lo que respecta a la *prescripción*, varios instrumentos internacionales⁶⁶ y fuentes consuetudinarias⁶⁷ del DI mencionan el carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio. La Corte IDH, al igual que el TPIY,⁶⁸ el CDH⁶⁹ y el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura⁷⁰ han expresado que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma del Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella.⁷¹

⁶⁴ Véase Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.* y PARRA VERA, Oscar, *op. cit.*

⁶⁵ Véase PARRA VERA, Oscar, *op. cit.*. Asimismo, ERRANDONEA, Jorge, *Garantías procesales y obligación de investigar...*, *op. cit.*

⁶⁶ Cfr. Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 29.

⁶⁷ Véase HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Normas, Cambridge University Press, 2007, Norma 160, pp. 694 y ss., Asimismo, véase *Comisión Internacional de Juristas, op. cit.*, p. 136.

⁶⁸ Cfr. TPIY, *Caso Furundzija*, Primera Instancia, párr. 177, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, párrs. 155 y 157.

⁶⁹ Cfr. CDH. Observación General No. 31. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 18, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párr. 9.

⁷⁰ Cfr. CAT. Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Marruecos, 5 de febrero de 2004, CAT/C/CR/31/2, párr. 5 (f)

⁷¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros, op. cit.*, párr. 153.

Asimismo, sobre la cosa juzgada y principio de *ne bis in idem*, en la misma línea que lo dispuesto por Conjunto de principios actualizados⁷² o los Estatutos de varios de los tribunales internacionales,⁷³ la Corte IDH indicó que el principio de *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en la CADH, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable en las situaciones indicadas en los Principios contra la Impunidad.⁷⁴ Agregó con relación a la cosa juzgada, que ese principio implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de ese mismo tribunal en la materia y si “aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas [(GVDH)] pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”.⁷⁵

Con respecto al principio de no retroactividad de la ley en materia de crímenes internacionales, en el DI se entiende que el principio de legalidad se concreta en la

⁷² El Principio 26 b) dispone que el hecho de que una persona haya sido procesada en relación con un delito grave con arreglo al derecho internacional no impedirá su procesamiento con respecto a la misma conducta si la actuación anterior obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o si esos procedimientos no hubieran sido realizados en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubieren sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. *Conjunto Actualizado...*, *op.cit.*

⁷³ Cfr. Estatuto de la CPI, Artículo 20.3, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), S/Res/827, artículo 10.2, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000, S/RES/1315 (2000), artículo 9.2, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, artículo 9.2.

⁷⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Almonacid vs Chile*, *op. cit.*, párr. 154. *En el mismo sentido*, *Caso La Cantuta*, *op. cit.*, párr. 153. Véase también Estatuto de la CPI, art. 20; Estatuto del TPIY, Art. 10, y Estatuto del TPIR, Art. 9.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela*, *op. cit.*, párr. 197. Para una crítica sobre este estándar jurisprudencial, véase PASTOR, Daniel, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano...”, *op. cit.*, pp. 491-516.

máxima en virtud de la cual nadie será condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos de acuerdo al “*derecho nacional o internacional o a lo establecido por los principios generales de la comunidad internacional*”.⁷⁶ Lo anterior ha permitido a varias cortes afirmar que es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el DI. Ese criterio ha sido aplicado por tribunales penales nacionales e internacionales y por los sistemas universal, americano y europeo de DDHH.⁷⁷

Sobre ese punto, la Corte IDH subrayó que la necesidad de considerar ese principio de forma amplia radica en el hecho que se trata de evitar validar, a través de normas o procedimientos, las GVDH cometidas por agentes de un Estado al amparo de un aparato organizado de poder. La Corte también observó que si se aceptara que únicamente la normatividad interna determina la aplicación de la irretroactividad penal, ello implicaría que el agente de un aparato organizado de poder podría cometer válidamente los crímenes más graves si el Estado que lo ampara puede garantizar su impunidad por medios legales. Además, manifestó que en esas circunstancias no cabe una interpretación estricta de esas garantías procesales, sin que ello implique desnaturalizar su sentido mismo.⁷⁸ Sin perjuicio de lo anterior, ello no significa que la

⁷⁶ Cfr. Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 9 de la CADH, Principios I y II de Núremberg de 1950, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, art I y artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁷⁷ Cfr. *Caso Gelman*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 95.

⁷⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman*. Supervisión, *op. cit.*, párr. 96.

Corte fuera partidaria de que se aplique sistemáticamente un tipo penal y no otro cuando se trata de conductas que encuadran con ciertos crímenes internacionales. Por ejemplo, en ciertos casos la Corte IDH estableció que independientemente del *nomen iuris* de los tipos penales que se aplicaron en un caso concreto, lo relevante era que los hechos no habrían quedado sin ser investigados y, en su caso, juzgados y sancionados.⁷⁹

Obviamente, aun cuando la finalidad de este texto no es generar una discusión en torno a ese tema, cabe recordar que esos desarrollos sobre la obligación de investigar fueron provocando una serie de críticas, desde varios ámbitos, y sobre distintas problemáticas.⁸⁰ En particular, la lectura de las garantías judiciales de los procesados por crímenes internacionales a la luz del DI, constituye uno de los focos que más discusiones ha desatado en los últimos tiempos.⁸¹

Por otra parte, en lo que se refiere a las leyes de amnistía que cobijan a los responsables de GVDH, conviene señalar en primer término que ningún tratado interna-

⁷⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica vs. Colombia*, op. cit., párr. 379. Asimismo, véase *Caso Barrios Altos, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, Resolución de 7 de septiembre de 2012, párrs. 33-34.

⁸⁰ Para una descripción más detallada, véase PARRA VERA, Oscar, op. cit., pp. 5-51.

⁸¹ Véase por ejemplo PASTOR, Daniel, *Encrucijada del derecho penal internacional...*, op. cit., p. 103; PASTOR, Daniel, "la ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: garantías para el imputado o para el aparato represivo del Estado", AMBOS, Kai, et al., (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos...*, op. cit., 2011, pp. 491-516 y MALARINO, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización, y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", AMBOS, Kai, et al., (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. I, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2010, pp. 25-55.

cional se refiere a la prohibición de amnistiar (algunos instrumentos se refieren únicamente a la necesidad de llevar a cabo la persecución penal).⁸² Por el contrario, el único instrumento que se refiere a las amnistías, es para recomendarlas bajo ciertos contextos. Así, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra (PAII-CG), indica que una vez se produzca una cesación de hostilidades dentro de un conflicto armado no internacional, las autoridades procurarán conceder la amnistía la más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto.

Esta norma se encontraba en concordancia con el paradigma internacional existente en esa época de acuerdo al cual "rutinariamente, las amnistías fueron usadas a lo largo del siglo XX como herramienta para poner fin a guerras civiles, asonadas, golpes de Estado fallidos y conflictos armados diversos. Por lo menos hasta principios de la década de los 90, esas amnistías fueron usadas sin mayor debate ni cuestionamiento frontal".⁸³

Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), que hoy sostiene una postura marcadamente opuesta a las amnistías que cobijan

⁸² Cfr. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 6; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 3; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 4.2, y Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo III.

⁸³ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte IDH. *Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños*, op. cit., párr. 2. Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte IDH. *Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños*, op. cit., párr. 2. Asimismo, véase SCHABAS, William, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, 2015.

a los autores de GVDH,⁸⁴ en el año 1986 era partidaria de un enfoque menos intransigente al respecto.⁸⁵ En esa misma línea, en el año 1983, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas encargó al señor Louis Joinet un estudio sobre la amnistías con la finalidad de analizar en qué medida las amnistías podían constituir una herramienta valiosa a la hora de emprender un

⁸⁴ Es posible constatar lo anterior si se toman en cuenta varios pronunciamientos recientes de la Comisión, sea a través de algunos informes temáticos, informes de país, capítulo por país en algunos informes anuales, informes de fondo en casos individuales o también a través de sus comunicados de prensa. Por ejemplo, un documento de la Comisión IDH que denota esa postura con respecto a las amnistías que serían inadmisibles en toda circunstancia, sería el comunicado de prensa de 26 de diciembre de 2012 No. 150/12, titulado "Amnistía y Violaciones a los Derechos Humanos", y emitido, casualmente, a los pocos días de notificada la sentencia de la Corte en el *Caso El Mozote*. En ese documento, la Comisión, probablemente preocupada por la posición de la mayoría de los jueces plasmada en un voto razonado que acompañaba el fallo, buscó inmediatamente distanciarse de una línea más flexible en torno a ese tema que parecía estar introduciendo la Corte, y reiteró la línea dura sobre el punto, la cual sostiene que "las disposiciones de cualquier naturaleza –legislativas, administrativas u otras–, que impidan la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, son incompatibles con las obligaciones en materia de los derechos humanos". Esta posición ha sido reiterada de forma constante en otros documentos véase: Informe Anual, Capítulo V, *Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2015, párr. 98; *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 diciembre 2013, párrs. 47, 205, 206, 258, 273 y 274; *Derecho a la verdad en América*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 agosto 2014, párrs. 22, 39.3, 63, y 87-101.

⁸⁵ En su informe anual de 1985-1986, indicó: "Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional– puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia". [...] "por lo tanto, [...] sólo los órganos democráticos apropiados –usualmente el Parlamento– tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones". OEA, Comisión IDH, *Informe Anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, cap.5. Véase asimismo, CANTÓN, Santiago, "Leyes de amnistía", en AA.VV, *Víctimas sin mordaza. El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, The United States Institute for Peace, Washington, 2007, p. 224.

proceso de transición.⁸⁶ En ese documento, Joinet recomendó llevar a cabo ese tipo de medidas considerando que podían contribuir a la reconciliación nacional en las sociedades post-autoritarias, aunque indicó que sería preferible que esas normas no encubran a autores de crímenes internacionales.

A pesar de lo anterior, en un periodo de unos pocos lustros, el paradigma que percibía a las amnistías como una herramienta valiosa en los procesos de transición se fue transformando, en particular en el seno de algunos sistemas regionales del DIDH, como es el caso del Sistema Interamericano. Así, los desarrollos de las últimas décadas en varios ámbitos del DI han ido consolidado un paradigma internacional que se caracteriza por una *intolerancia* casi absoluta cuando se trata de leyes de amnistía que benefician a los autores de crímenes internacionales.

El primer órgano internacional que se expresó en ese sentido fue el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.⁸⁷ Por su parte, la Comisión IDH estableció a principio de los años 1990 que las leyes de amnistía eran incompatibles con la CADH.⁸⁸ En la misma época, comenzaron a surgir los primeros instrumentos de *soft*

⁸⁶ Cfr. Naciones Unidas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos*, (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1).

⁸⁷ Véase CDH, *Observación general* No. 20, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), párr. 15; *Observación General* No. 31, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 18; Decisión de 9 de agosto de 1994, *Caso Hugo Rodríguez* (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, párr. 12.4. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina*, CCPR/C/79/Add.46; A/50/40, 5 de abril de 1995, párr. 153; *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Chile* CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párr. 7.

⁸⁸ Véase CIDH, informes 28/92 (Argentina) y 29/92 (Uruguay) OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, los dos en fecha 2 de octubre de 1992.

law en la materia⁸⁹ y posteriormente las decisiones de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*,⁹⁰ de los *Híbridos*⁹¹ y de la Corte IDH⁹² en esa línea.

Además, desde finales de los años 1990, la doctrina y la práctica de las altas autoridades de Naciones Unidas afianzaron esta posición con respecto a las leyes de amnistías para autores de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.⁹³ Esa consolidación a nivel internacional fue incluso permeando los sistemas jurídicos y jurisprudenciales internos de algunos países.⁹⁴ Por su parte, en el año 2005, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en el estudio que realizó sobre DIH

⁸⁹ Véase: *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, principio 19: "En ninguna circunstancia, [...], se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias". Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989; el artículo 18 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*: "Los autores o presuntos autores no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal". Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992; *Conjunto de principios...*, op. cit., Principio 23; y *Conjunto Actualizado...*, op. cit., principio 24.

⁹⁰ TPIY, *Caso Anto Furundzija*, Sentencia primera instancia de 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1), párr. 155.

⁹¹ Véase, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Artículo 1 y Tribunal Especial para Sierra Leona, *Caso Morris Kallon y otros*, Sala de Apelaciones, Sentencia sobre excepciones preliminares (*Decision on challenge to jurisdiction: Lome Accord Amnesty*) de 13 de marzo de 2004 (SCSL-04-15-PT-060-II), párr. 84.

⁹² Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41, *La Cantuta*, op. cit., párrs. 167-168, *Almonacid Arellano y otros*, op. cit., párr. 114, *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. 171, y *Gelman*, op. cit., párrs. 226-229.

⁹³ Cfr. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, op. cit., párrs. 10 y 32; *Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona S/2000/915*, párr. 22; *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Misión de Observación en Sierra Leona, S/1999/836*, de 30 de julio de 1999, párr. 7. Asimismo Naciones Unidas, OACDH, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009, p. 27.

⁹⁴ Cfr. MALLINDER, Louise, "The End of Amnesty or Regional Overreach? Interpreting the Erosion of South America's Amnesty Laws", en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 65, julio de 2016, pp. 645-680. Asimismo, Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 215-224.

consuetudinario aclaró que el artículo 6.5 del PAICG debía interpretarse en el sentido que las amnistías que se concedían al momento de la finalización de los conflictos, no podían amparar a los perpetradores de crímenes de guerra.⁹⁵ El CICR explicó que su interpretación coincidía con la de la USSR, la cual declaró al momento de aprobar este artículo “en su explicación de voto, que no podía interpretarse la disposición de modo que permitiese a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludir un castigo severo”.⁹⁶

Adicionalmente, en dicho estudio, el CICR concluyó que el deber de otorgar la más amplia amnistía posible a quienes hubieren participado en el conflicto armado, con excepción de aquellos que hubieren cometido crímenes de guerra, era una norma que había alcanzado el estatus de DIH consuetudinario.⁹⁷ El CICR llegó a esa conclusión con base en un análisis de la práctica de los Estados, de órganos internacionales judiciales y cuasi judiciales, de entidades de organizaciones internacionales o conferencias de Naciones Unidas y de otras entidades, así como por las disposiciones de algunos tratados internacionales.⁹⁸

⁹⁵ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Normas*, Cambridge University Press, 2007, p. 691.

⁹⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *op. cit.*, p. 692.

⁹⁷ Según la Norma de DIH Consuetudinario 159: “[c]uando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por concederla 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 condenadas por ello”. Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Normas*, Cambridge University Press, 2007, p. 691.

⁹⁸ Cfr. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume II, Practices*, Cambridge University Press, 2005, pp. 4017-4044.

Volviendo al tratamiento de las amnistías por parte de la Corte IDH, éste se fue desarrollando a través de varias sentencias pronunciadas en los años 2001, 2006, 2010, 2011 y 2012 que se refirieron a leyes de amnistías de Perú, Chile Brasil, Uruguay y El Salvador.

Es así como en el año 2001, la Corte afirmó con respecto dos leyes de amnistía peruanas que eran inadmisibles “las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las [GVDH]”.⁹⁹ En el año 2006, la Corte volvió a pronunciarse en el mismo sentido sobre esas leyes de amnistía del 1995 en el *Caso La Cantuta vs. Perú*.¹⁰⁰

Resulta importante resaltar que estos primeros desarrollos se refirieron en un primer momento a leyes de “autoamnistía” las cuales son “amnistías aprobadas por los responsables de violaciones de [DDHH] para evadir su responsabilidad”.¹⁰¹ Es así como en esos dos casos relacionados con las dos leyes dictadas en Perú¹⁰² en 1995, la Corte parecía haber limitado el alcance del carácter contrario a la Convención a las leyes de autoamnistía y no a las amnistías en general.¹⁰³ Con posterioridad, también

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos*, *op. cit.*, párr. 41.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso La Cantuta*. *op. cit.*

¹⁰¹ Naciones Unidas, OACDH, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. *Amnistías*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰² Véase. Corte IDH. *Caso Barrios Altos*, *op. cit.*, y *Caso La Cantuta*. *op. cit.*

¹⁰³ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte IDH. *Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños*, *op. cit.*, párr. 6.

en el año 2006, la Corte reafirmó el estándar con respecto al Decreto –Ley 2.191 de 1978 de autoamnistía en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.¹⁰⁴

Más adelante, en el año 2010, la Corte se pronunció en los mismos términos en un caso relacionado con la autoamnistía de 1979 en Brasil (Ley No. 6.683/79) aunque precisó que “la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de [GVDH] y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’”.¹⁰⁵

Notemos que en el *Caso Gomes Lund*, por primera vez se le requirió al órgano interamericano analizar la validez de una ley de amnistía a la luz de los dilemas que surgen en el marco de transiciones políticas en las cuales la persecución penal de los perpetradores de GVDH puede llegar a significar un obstáculo a la gobernabilidad democrática. Así, el Estado en ese caso solicitó al tribunal que a la hora de analizar la amnistía de Brasil tomara en consideración que la “concesión de amnistía usualmente se justifica por la percepción de que la sanción de los crímenes contra los derechos humanos después de terminadas las hostilidades puede llegar a representar un obstáculo al proceso de transición”.¹⁰⁶

Sin embargo, como fuera señalado, la sentencia de la Corte reiteró el estándar elaborado en los casos de Perú y de Chile y no efectuó un análisis en torno a las tensiones que podrían existir en ciertos escenarios entre justicia y paz o entre justicia

¹⁰⁴ Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros*, op. cit.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros*. op. cit., párr. 175.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros*. op. cit., párr. 130.

y gobernabilidad democrática. La única referencia que se encuentra en el texto del fallo a esos debates lo encontramos cuando se hizo referencia a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la cual señaló

que exigir responsabilidades a los autores de [GVDH] es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas, y “un factor fundamental para garantizar un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, promover una reconciliación y una estabilidad justas en todas las sociedades, inclusive en las que se encuentran en situación de conflicto o posconflicto, y pertinente en el contexto de los procesos de transición.”¹⁰⁷

En esa misma sentencia la Corte indicó que el dilema “entre paz o reconciliación, por una parte, y justicia por la otra” era en realidad “un falso dilema”, y, citando un documento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, indicó que

[]as amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes. Por el contrario, se ha llegado a acuerdos de paz sin disposiciones relativas a amnistía en algunas situaciones en que se había dicho que la amnistía era una condición necesaria para la paz y en que muchos temían que los enjuiciamientos prolongaran el conflicto.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros. op. cit.*, párr. 143. Asimismo, Comisión de Derechos Humanos. Impunidad. Resolución 2005/81, 61º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros. op. cit.*, párr. 151. Naciones Unidas, OACDH, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. *Amnistías*, Naciones Unidas, Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009, cap V.

En el año 2011, en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte tuvo la oportunidad de referirse a una amnistía (la Ley de Caducidad de las Pretensiones Punitivas del Estado, Ley N°15848 de 1986) que había sido adoptada por el parlamento uruguayo con posterioridad al periodo dictatorial que se extendió en ese país hasta 1985. En ese caso, la ley de amnistía tenía la particularidad de haber sido ratificada mediante un referéndum en el año 1989 y un plebiscito en el año 2009. Una vez más, la Corte reiteró el estándar que venía planteado desde una década atrás, y de acuerdo a la cual, esas normas son contrarias a la CADH por cuanto no permiten la investigación y, en su caso, el juzgamiento a los responsables de GVDH.

Además, el tribunal indicó que el “hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía [...] no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”¹⁰⁹ y, siguiendo las ideas de Ferrajoli,¹¹⁰ que

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos [...] por lo que, particularmente en casos de [GVDH] Derechos, la protección de los [DDHH] constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas.¹¹¹

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Gelman*, *op. cit.*, párr. 238.

¹¹⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 23-28.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Gelman*, *op. cit.*, párr. 239.

Este artículo no está dirigido a plantear una discusión sobre los puntos de tensión que podrían surgir entre democracia en su componente meramente electoral por un lado, y el respeto de los DDHH por otro.¹¹² Sin embargo, de manera preliminar, resulta relevante notar que en ese fallo, al igual que en el *Caso Gomes Lund y otros*, la Corte parece señalar que la prohibición de amnistiar GVDH es absoluta, y que ello no admite ninguna circunstancia particular que pueda ser susceptible de atemperar esa prohibición. En efecto, el fallo de 2010 sobre la autoamnistía brasileña no se detiene en analizar los debates sobre *Paz vs. Justicia* o *Justicia vs. Transición* a la democracia, calificándolos incluso de “falso dilema”, dando a entender que no existe ninguna circunstancia material que pueda establecer excepciones a esa prohibición de amnistiar GVDH. En el *Caso Gelman* del año 2011, se reitera ese criterio enfatizando que además de las circunstancias materiales, tampoco se pueden tomar en cuenta circunstancias formales sobre la forma en cómo se adoptaron esas leyes de amnistía, aún si cuentan, como muy pocas normas en la historia del derecho comparado, con una doble refrendación popular.

En el año 2012, la Corte IDH emitió una sentencia en el *Caso El Mozote*,¹¹³ en la cual, por primera vez, analizó la convencionalidad de una amnistía que benefició a

¹¹² Lo dispuesto en esa sentencia provocó varias críticas, dentro de las cuales se encuentran las de autores como Roberto Gargarella, quien atribuye a ese órgano “una incapacidad de reconocer matices relevantes en cuanto a la robustez y la legitimidad de las decisiones públicas” y que subraya asimismo una insuficiencia argumentativa del Tribunal a la hora de establecer los criterios que definen cuáles son los derechos que se encuentran contenidos dentro de esa esfera de lo que no puede ser decidido por las mayorías. GARGARELLA, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el Caso Gelman”, ponencia presentada en el marco del Seminario en América Latina de Teoría Constitucional y Política 2013, disponible al 1 de octubre de 2016 en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf. Además, véase FILIPPINI, Leonardo, “Reconocimiento y justicia penal en el Caso Gelman”, *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012.

¹¹³ *Cfr.*, Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, *op. cit.*

los autores de GVDH ocurridas en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, Decreto Legislativo No. 486, del 20 de marzo de 1993). En términos generales esa sentencia reitera los criterios que venía desarrollando desde el *Caso Barrios Altos* y terminó declarando que la referida amnistía no era conforme con la CADH. Así, en ese fallo el tribunal recordó lo establecido en su jurisprudencia constante sobre amnistías y se refirió también a la interpretación realizada por el CICR del artículo 6.5 del PAII-CG y a la Norma 159 de DIH Consuetudinario citada *infra*.¹¹⁴

Esta sentencia introduce sin embargo un elemento nuevo en la argumentación de la prohibición de amnistiar GVDH. En efecto, contrariamente a lo realizado en sentencias anteriores en las cuales primó una visión universalista en cuanto al carácter contrario al DI de ese tipo de leyes de amnistía, en este caso la Corte identificó como fuente de la obligación de investigar y de la prohibición de amnistiar el contenido de los propios acuerdos de paz que permitieron la finalización del conflicto en El Salvador.

Así, la resolución de ese tribunal sostuvo entre otras consideraciones que “[...] la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades [...], 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 [GVDH] [...]”. Del mismo modo, recordó que el Acuerdo de Paz firmado en

¹¹⁴ *Ibidem*, párrs. 283, 293 y 286.

enero de 1992, el cual que puso fin a las hostilidades, “no hizo alusión a amnistía alguna” y que por el contrario “estableció claramente [...] una cláusula [...] que dispon[ía ...que] las Partes [...] reconocen, [...] que hechos de esa naturaleza [...] deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin que se aplique [...] las sanciones contempladas por la ley”.¹¹⁵ Más adelante el tribunal notó que posteriormente la Asamblea Legislativa de El Salvador dictó la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, contraviniendo “expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades”. De acuerdo a lo anterior, concluyó que ello “refleja[ba...] una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las [GVDH]”.¹¹⁶

Por último, además de lo expresado en la sentencia sobre el fondo del *Caso El Mozote*, el estudio de la jurisprudencia del tribunal interamericano sobre la prohibición de amnistiar nos lleva también, y de manera primordial, a mencionar el contenido de un voto concordante a ese fallo por parte del Juez Diego García-Sayán, voto al cual se adhieron otros cuatro jueces del total de siete con los que cuenta el tribunal.

Ese voto plantea que en el marco de una transición de una situación de conflicto a una situación de paz, los Estados deben implementar políticas integrales, holísticas e interdependientes que tomen en consideración el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a las reparaciones. Específicamente con respecto al derecho a la justicia, el texto contiene los siguientes elementos:

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, op. cit., párrs. 287-288.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrs. 292 y 295.

- a) Explica algunas particularidades del caso de la amnistía en El Salvador subrayando que la misma deriva de un contexto distinto de aquellos que enmarcaban las demás leyes de amnistía que fueron objeto de sentencias por parte de la Corte en el pasado.
- b) Hace alusión a las tensiones que pueden surgir entre, por una parte la necesidad de investigar y en su caso de juzgar y sancionar a los autores de GVDH, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por otro lado.¹¹⁷ Notemos, de forma preliminar que esta reflexión apela de manera directa a los debates que se han dado en torno a los dilemas *Paz vs. Justicia* muy propios de los contextos en los cuales se han aplicado mecanismos de la JT.¹¹⁸
- c) El voto prosigue afirmando, en la línea de los postulados teóricos de la JT, que no existen soluciones universalmente aplicables a los dilemas que plantean los escenarios de posconflicto, pues ella depende de cada contexto aunque a partir el DIDH se pueden delinear algunos criterios fundamentales en la perspectiva de procesar estas tensiones.¹¹⁹
- d) Sostiene que “un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada”, siendo

¹¹⁷ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte IDH. *Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños*, *op. cit.*, párr. 20.

¹¹⁸ Véase LEKHA SRIRAM, Chandra (eds.), *Confronting Past Human Rights Violations: Justice vs. Peace in Times of Transition*, The Cass Series on Peacekeeping, Frank Cass, Nueva York, 2004.

¹¹⁹ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, *op. cit.*, párr. 21.

- que “[e]sa armonización debe hacerse a través de un juicio de ponderación de estos derechos en el marco propio de una [JT]”,¹²⁰
- e) Se refiere a estrategias para racionalizar la efectividad de la política criminal en esos escenarios como por ejemplo, el recurso a mecanismos de priorización de los casos más relevantes o que se refieren a los máximos responsables,¹²¹ y
 - f) Defiende la necesidad de llevar a cabo ponderaciones entre todas las obligaciones de los Estados y las demás componentes de la JT (como el derecho a la verdad o a la reparación) que deben cumplir los Estados en esos escenarios.¹²²

Sintetizando lo expuesto en este capítulo, el DI ha ido elaborando un marco jurídico internacional complejo relacionado con el pilar “justicia”, el cual pretende establecer obligaciones en torno a la lucha contra la impunidad por crímenes cometidos en el

¹²⁰ *Ibidem*, párrs. 26-27. Además, plantea dividir en tres obligaciones diferentes el deber estatal de investigar juzgar y sancionar a los autores de GVDH, en: *i*) la actividad orientada a investigar y esclarecer los hechos; *ii*) la identificación de las responsabilidades individuales, y *iii*) la aplicación de sanciones proporcionales a la gravedad de las violaciones. Afirma que en caso de dificultarse la concreción de la sanción penal, los otros componentes no deberían verse afectados o diferidos. *Ibidem*, párr. 28.

¹²¹ Asimismo, adhiere a la posibilidad de evaluar distintas formas de considerar las responsabilidades de los actores de los conflictos armados, como podría ser la aplicación de reducciones de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, o el reconocimiento público de responsabilidad. *Ibidem*, párrs. 29 y 31.

¹²² En particular el voto expresa: “De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás”, *Ibidem*, párr. 38.

marco de escenarios de conflictos armados o de gobiernos autoritarios. Se ha visto también que la obligación de investigar y, unos de sus corolarios, la prohibición de adoptar amnistías que beneficien a los autores de GVDH constituyen piedras angulares de esos desarrollos. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han jugado un rol importante en torno a esas evoluciones. Sin embargo, como lo ha demostrado la jurisprudencia reciente de la Corte IDH en el *Caso El Mozote*, aún existen interrogantes en torno a la naturaleza de esos estándares jurídicos, y sobre su aplicación en ciertos escenarios en donde la lucha contra la impunidad no constituye el único objetivo que deben buscar las políticas públicas y en donde también es necesario velar por la realización de los otros derechos de las víctimas como por ejemplo el derecho a la verdad o a la reparación. En el siguiente capítulo se analizan algunas de esas interrogantes.

4. Debates en torno a la naturaleza de la obligación de investigar y de la prohibición de amnistiar graves violaciones a los derechos humanos, en escenarios de posautoritarismo o de posconflicto

En el capítulo anterior se realizó una descripción de los principales desarrollos del DI en torno a la obligación de investigar y en su caso procesar y sancionar las GVDH. A continuación, en el presente apartado, se aborda uno de los puntos centrales de este artículo el cual pretende analizar y determinar, principalmente a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, si la obligación de investigar es una norma que reviste un carácter absoluto, en particular en lo que se refiere a la prohibición de amnistiar GVDH. El análisis se concentrará en las decisiones de esa entidad internacional en la medida

que ésta ha impulsado, desde el DIDH y, de manera preponderante, el asentamiento de esa prohibición y, en términos más generales, la obligación de investigar.

Antes de iniciar el análisis que se ha propuesto, resulta relevante definir, aunque sea de forma muy esquemática y somera, algunos conceptos sobre la naturaleza de las normas, las cuales podrían dividirse entre principios y reglas.¹²³ La pertinencia de esta consideración previa, estaría vinculada con el hecho que la pregunta principal y subyacente de este texto, se encuentra precisamente relacionada con la naturaleza de una norma del DI y su congruencia con otras normas internacionales. La distinción relacionada con la naturaleza de las normas constituye un marco teórico valioso a la hora emprender un análisis de esas características, más aún si éste brinda herramientas susceptibles de entender de manera clara y esquemática su aplicabilidad en ambientes caracterizados por tensiones con otras normas jurídicas.

a) Sobre principios y reglas

En términos muy generales, y partiendo de los criterios seguidos por Robert Alexy, se entiende que toda norma es, o una regla, o un principio. Una regla es “una norma que sólo puede ser cumplida o no”, que “contiene determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”. Lo anterior significa que “si una regla es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”.¹²⁴ Por su parte, Dworkin

¹²³ Véase, por ejemplo, entre varios autores, ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss., DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 61-101.

¹²⁴ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 87.

nota que las normas son “aplicables a la manera de disyuntiva”, e indica que “si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, entonces no aporta nada a la decisión”.¹²⁵

De acuerdo a lo expresado por Robert Alexy, los principios consistirían en “mandatos de optimización”, es decir en normas que ordenan que algo sea realizado “en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales”. Contrariamente a las reglas, esas normas pueden ser cumplidas en diferentes grados, siendo que el ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por “los principios y las reglas opuestas”.¹²⁶

Estas dos categorías de normas son aplicadas por medio de procedimientos distintos. Las reglas se aplican mediante la subsunción,¹²⁷ esto es la aplicación de una premisa mayor (la regla jurídica en este caso) a una premisa menor (el hecho del caso) para inferir una conclusión sobre el caso concreto y aplicar automáticamente las consecuencias jurídicas establecidas en la regla cuando se satisfacen las condiciones previstas.¹²⁸ Cuando se plantea un conflicto entre dos reglas, únicamente puede ser resuelta de dos formas: a) introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto, b) declarando inválida una de las reglas, por ejemplo siguiendo criterios

¹²⁵ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 75.

¹²⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006, p. 52.

¹²⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 75.

de *lex posterior derogat legi priori*, o *lex specialis derogat legi generali*. Lo importante es que la decisión en ese caso será una decisión sobre la validez de las reglas en conflicto.¹²⁹

Por su parte, un conflicto entre dos o más principios, sigue una lógica diferente, y se resuelve por una ponderación en la cual uno de los principios tiene que ceder ante el otro.¹³⁰ En esas situaciones, no se deja de aplicar ninguno de los dos principios,¹³¹ tampoco se está declarando inválido uno de ellos, ni creando una cláusula de excepción a uno de los mismos. Además, “bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa” de modo que el resultado de la ponderación tendrá efectos en el caso concreto.¹³² Lo anterior significa que el análisis que se efectúa cuando nos encontramos frente a una colisión de principios, versa sobre el peso relativo que tiene uno respecto a otro, y no sobre la validez de uno u otro como es el caso con las reglas.¹³³

En cuanto a las formas o los criterios que permiten distinguir los principios de las reglas, se entienden que se pueden utilizar entre otros criterios, y de forma complementaria, las distintas estructuras lógicas o aproximaciones lingüísticas de las normas, o en la posibilidad de cumplimiento gradual de la conducta prescripta.¹³⁴

¹²⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁰ *Ibidem.*, p. 89.

¹³¹ CIANCIARDO, Juan, “Principios y Reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 108, 2003, p. 896.

¹³² Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, p.89 y DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 77.

¹³³ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁴ Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo *et al.*, *Justicia para la Paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y Paz negociada*, Dejusticia, Bogotá, 2014, p. 82.

En este texto, se buscará determinar si ciertas obligaciones particulares que deben cumplir los Estados en escenarios de transición constituyen reglas o principios, y según sea el caso, cuál sería la forma de aplicarlas en cada uno de los casos que se puedan presentar.

b) Las obligaciones de investigar y la prohibición de amnistiar GVDH: ¿principios o reglas?

En los capítulos anteriores se señalaron algunos puntos esenciales que definen el marco jurídico de la obligación de investigar en el DIDH. Del mismo modo se describieron los desarrollos del DI en torno a la prohibición de amnistiar GVDH como uno de los corolarios de esa obligación de investigar.

Por otra parte, en este texto se ha señalado que la puesta en marcha de los distintos mecanismos de la JT se inscribe en una lógica del caso a caso. De allí que las estrategias de JT deben contar con un marco normativo lo suficientemente flexible a la hora de ser implementadas. En ese sentido, se entendería que cuanto más rígido resulta ser ese marco, menores serán las posibilidades de adaptación a las necesidades de cada contexto. A la inversa, cuanto más flexible resulta ser ese diseño normativo internacional, mayores serán las posibilidades de que se puedan elaborar soluciones apegadas a las realidades locales.

En otro orden de ideas, sin entrar en los debates que puedan existir entre universalismo por una parte y relativismo cultural por otra, en términos generales se podría pensar que cuanto mayor flexibilidad existe a la hora de diseñar políticas pú-

blicas de JT, mayor será la posibilidad de que exista un punto de tensión con derechos fundamentales reconocidos por el DIDH, y cuanto más rígido es el marco normativo, menores serían las posibilidades de que exista un menoscabo a esos derechos.

Sin embargo, la realidad de cada contexto raras veces resulta tan esquemática o tan sencilla puesto que, como se ha visto, por lo general, en las circunstancias en los cuales opera la justicia transicional, existen importantes tensiones que vuelven difícil la realización simultánea de todos los derechos y obligaciones a cargo de los Estados. Incluso puede ocurrir que la potencial realización plena de algunos derechos, signifique un menoscabo a la realización de otros derechos.

En concordancia con lo anterior, volviendo al pilar "justicia" de la JT, resulta primordial determinar en qué medida se puede considerar que la obligación de investigar y en su caso juzgar y sancionar, reviste un carácter absoluto o si por el contrario, se trata de una obligación que opera como un principio que puede, en cada caso, ser ponderado con otros principios.

En lo que respecta la obligación de investigar, y en su caso procesar y sancionar, sería lógico pensar que la misma constituye un principio y no una regla en la medida que, como ya fuera indicado, la misma constituye una obligación de medios y no de resultados, que admite un cumplimiento gradual, el cual que se analiza de conformidad con las circunstancias particulares del caso tomando en cuenta diversos factores.¹³⁵

¹³⁵ Cfr. UPRIMNY Y., Rodrigo, *et al.*, *Justicia para la Paz*, *op. cit.*, p. 83.

A pesar de lo anterior, en lo que concierne la prohibición de amnistiar GVDH, esa misma conclusión no resulta tan evidente. Efectivamente, según ha sido señalado *supra*, los desarrollos del Derecho internacional en torno a esa prohibición, en particular aquellos que tuvieron lugar en el seno del SIDH, y de la Corte IDH más específicamente, dan a pensar que esa disposición que se fue consolidando en las dos últimas décadas es de carácter absoluto y que la misma no admite circunstancias especiales que puedan atemperar su aplicación estricta.

Se ha visto que en los casos *Gomes Lund* y *Gelman*, la Corte IDH estableció que esa prohibición se extendía a leyes que no eran autoamnistías, independientemente del grado de legitimación democrática que puedan tener, o de las circunstancias materiales relacionadas con la transición a la democracia que pueden explicar su adopción o su manutención. Más aún, ya se ha indicado que en el *Caso Gomes Lund*, el tribunal interamericano rechazó el argumento según el cual ese tipo de amnistías puede tener algún efecto benéfico en contextos de transición, y llegó hasta el punto de negar existencia misma de las tensiones que podrían existir en ciertas situaciones al afirmar, sin referirse específicamente a ninguna evidencia empírica, que el dilema “entre paz o reconciliación, por una parte, y justicia por la otra” era en realidad “un falso dilema” puesto que “[l]as amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes”.¹³⁶

¹³⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros*, *op. cit.*, párr. 151.

Sin embargo, esta conclusión debe ser matizada por una posición más reciente del tribunal en la cual pareciera querer flexibilizar el estándar que había venido desarrollando en sus sentencias anteriores. Se indicó anteriormente que en el *Caso El Mozote* la Corte había emitido un pronunciamiento relacionado con una ley de amnistía de El Salvador y llegó a la misma conclusión que en casos anteriores. Sin embargo, el contenido de su argumentación para llegar a tal conclusión así como de un voto razonado suscrito por cinco jueces permite sostener que “se puede avizorar un punto de inflexión en el tratamiento del tema de las amnistías”.¹³⁷

En ese caso, la sentencia reitera la incompatibilidad de la ley de amnistía de El Salvador con la CADH puesto que esa norma había violado los derechos al acceso a la justicia de las víctimas, sin embargo es primordial señalar que la fundamentación para llegar a esa conclusión se basó en un análisis particular de las circunstancias en las cuales fue adoptada esa ley. Es así como la parte motiva o *ratio decidendi* de la sentencia que permitió llegar a la conclusión según la cual la ley de amnistía de El Salvador había violado la CADH, no se refiere de forma principal a su incompatibilidad con un estándar internacional que prohíbe la adopción de tales normas que benefician a autores de GVDH (razonamiento que había sido utilizado en los casos anteriores sobre amnistías).

En efecto, en ese fallo, el tribunal le prestó una atención considerable al hecho que la amnistía salvadoreña no había sido planeada al momento de la negociación

¹³⁷ Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *et al.*, *Justicia para la Paz*, *op. cit.*, pp. 74-75.

de los acuerdos de paz y que esos acuerdos, por el contrario, establecían específicamente la necesidad de procesar a los autores de las GVDH que habían sido cometidas en el marco de ese conflicto. Lo anterior es aún más llamativo cuando se toma en consideración que en otros casos como por ejemplo *Gomes Lund* o *Gelman*, la Corte ignora las particularidades del contexto así como los debates y los dilemas que podrían suscitarse a nivel interno en torno a la amnistía.

Es cierto que en esa decisión la Corte también se refirió a los estándares internacionales sobre prohibición de amnistiar. No obstante, esa referencia tiene sentido precisamente por el hecho que, en ese caso concreto, no resultó necesario entrar a analizar la amnistía en el marco de un debate entre *Paz vs. Justicia* puesto que el contenido de los acuerdos mismos no denota la existencia de tal dilema sino que, por el contrario, estipulaba que el proceso de paz debía llevarse a cabo procesando a los autores de los crímenes de guerra. En esa medida, es lógico, que en ausencia de análisis en torno a la necesidad resolver dilemas en torno a las tensiones entre Paz y Justicia, se acudiera al estándar general según el cual las amnistías de esa naturaleza son contrarias al DI para concluir que en ese caso concreto se había violado la CADH.

En el mismo sentido, si se considerara que la prohibición de amnistiar las GVDH fuera de carácter absoluto, es decir que imperativamente debe ser aplicada en toda circunstancia y “cueste lo que cueste”, sean cuales sean las consecuencias de hacerlo, y que ello constituye la verdadera *ratio decidendi* de la decisión en ese caso, como ocurrió en los casos *Gelman*, *Almonacid*, *La Cantuta* o *Gomes Lund*, no tendría ningún sentido lo realizado por la Corte cuando se refirió ésta al contenido de los acuerdos

de paz para identificar la fuente de la prohibición de amnistiar, puesto que ese análisis resultaría superfluo para efectuar la subsunción de una *regla* al caso concreto. En otros términos, si se considerara esa prohibición como absoluta, sería suficiente con aplicar esa norma sin que se busque otras fuentes diferentes a la prohibición de amnistiar.

El corolario lógico de lo anterior sería que la Corte no consideró que la prohibición de amnistiar hechos constitutivos de GVDH tuviera un carácter absoluto, y que por el contrario, la validez de esas normas debía ser analizada en el caso a caso tomando en consideración otros elementos del contexto en el cual fueron emitidas, situación que como se ha mencionado, se produce cuando se tiene que lidiar con principios y no con reglas.

Antes de proseguir con el análisis, conviene dejar en claro que este texto no pretende adentrarse en el debate sobre la fundamentación efectuada por la Corte en los diversos casos en los que llegó a la conclusión de que las leyes de amnistía que amparan a los autores de GVDH eran contrarias al DI y por ende a la CADH. Sin duda, varios de los reparos referidos al fundamento somero desplegado sobre ese punto por el tribunal en el *Caso Barrios Altos*,¹³⁸ o los razonamientos parcialmente autoreferen-

¹³⁸ Como se ha visto, en ese fallo del año 2001, la Corte indicó por primera vez que una ley de amnistía que se refiere a GVDH era contraria a la letra de la Convención. Sin embargo, la sentencia no ofrece ninguna argumentación para llegar a esa conclusión más allá de lo que razonablemente se pueda percibir intuitivamente y emotivamente como una situación injusta cuando señala que “[l]as leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, [e] impide[n] la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus

ciados, o circulares de las sentencias posteriores sobre la materia,¹³⁹ o incluso la cuestionable utilización del DIH Consuetudinario,¹⁴⁰ podrían ameritar un análisis crítico. Sin mengua de lo anterior y en gracia de discusión, para los efectos de este texto, únicamente es pertinente el hecho que en el *Caso El Mozote*, la argumentación o la *ratio decidendi* son diferentes de aquellos que fueron desarrollados en las demás sentencias sobre el tema, y que ello acarrea consecuencias jurídicas que son relevantes.

familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente". *Cfr.* Corte IDH. *Caso Barrios Altos*, *op. cit.*, párr. 43. Véase MALARINO, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización, y nacionalización", *op. cit.*, p. 31.

¹³⁹ Por ejemplo, parte de la argumentación de la Corte IDH para declarar esas normas contrarias a la Convención se basa en a) su propia jurisprudencia (*Caso Barrios Altos*); b) decisiones internas que están sustentadas en decisiones de la misma Corte IDH; c) instrumentos de *soft law*, basado en parte en jurisprudencia de la Corte IDH, y d) en un regla del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario (Norma 159) que se basa, en parte, en decisiones de la Corte Interamericana. Asimismo, en los casos *Gelman o El Mozote*, la Corte tampoco analizó la vigencia de esa regla al momento de la emisión de la ley de amnistía, y f) fuentes de *soft law*. *Cfr.* *Caso La Cantuta*, *op. cit.*, párrs. 167-168; *Caso Gomes Lund y otros*, *op. cit.*, párrs. 149-158, y 163-171; *Gelman*, *op. cit.*, párrs. 195-208, 210-211 y 215-219.

¹⁴⁰ Por ejemplo en el *Caso El Mozote*, la Corte se refiere a la citada Norma 159 de DIH Consuetudinario según la cual "[c]uando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por concederla 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 condenadas por ello". Sin embargo, no queda claro si el tribunal determinó, a la luz de las reglas de interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si coincidía con lo establecido por el CICR a través de la Norma 159 en cuanto a la interpretación del art. 6.5 del PAII-CG citada *infra*. En particular, no queda claro del texto de esa decisión que se hubiesen analizado los *travaux préparatoires* de dicho Tratado para determinar si el voto de la URSS al que hace referencia el CICR, recogía o no la posición de los otros Estados cuando aprobaron el texto de este tratado. De hecho, el Estudio de esos documentos indica lo contrario y que la interpretación del CICR es errónea. Sobre este punto, Véase, SCHABAS, William, *op. cit.*, pp. 178-182. Adicionalmente, tampoco se precisa en el fallo de qué forma el tribunal determinó si a la fecha de la emisión de la ley de amnistía salvadoreña se podía comprobar una práctica que diera cuenta de la existencia de la norma de DIH Consuetudinario. Al respecto se debe observar que en su estudio de derecho consuetudinario del año 2005, el CICR se refirió a algunas prácticas y tratados que irían en ese sentido desde los años 1980 hasta épocas más contemporáneas, sin embargo la gran mayoría son posteriores al año 1992, fecha en la cual se promulgó la ley que preveía dicha amnistía en El Salvador. *Cfr.* HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, volume II, Practices, *op. cit.*, pp. 4017-4044.

Por otra parte, sin perjuicio de la importancia de la sentencia sobre el Fondo en el *Caso El Mozote*, es sin duda el voto concurrente del Juez García-Sayán (al cual se adhirieron otros cuatro jueces) lo que en mayor medida ha suscitado debates en relación con el estándar internacional sobre amnistías.¹⁴¹ En ese caso concreto, se podría afirmar que, al haber sido adherido por un número tan importante de miembros del tribunal, ese documento constituye, desde el punto de vista material, una forma una interpretación *auténtica* de la sentencia.

En ese escenario, la primera pregunta que surge es naturalmente la siguiente: ¿por qué motivo, la mayoría de jueces (cinco sobre un total de siete) que adhirió al contenido de lo expresado en el referido voto, optó por plantear una opinión separada concurrente en lugar de introducir esas mismas consideraciones en el fondo de la sentencia? La pregunta anterior adquiere mayor relevancia aún si se toma en consideración que una adhesión a un voto concurrente de cinco de siete jueces es un hecho excepcional en la jurisprudencia del tribunal Interamericano. Una respuesta a esta pregunta nos brindaría mayores elementos de información para entender el valor que los integrantes del tribunal le han prestado a la prohibición de amnistiar GVDH que es mencionada en ese fallo.

Resulta difícil, e incluso osado, llegar a una conclusión cierta al respecto, sin embargo, sería legítimo emitir algunas hipótesis que son susceptibles de brindar

¹⁴¹ Véase OLÁSULO, Héctor, *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Tirant Lo Blanch, México, 2014; o CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El binomio Justicia Transicional–Derecho Transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes", *Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad*. Disponible al 1 de octubre http://eprints.ucm.es/22722/1/ARTICULO_EN_ACTAS_V_JORNADAS_DE_EST_DE_SEG.pdf

explicaciones coherentes y plausibles. Por ejemplo sería razonable sostener que a pesar de adherir al contenido de lo establecido allí, la gran mayoría de los jueces de la Corte estimó que en vista de que la amnistía de El Salvador no constituye una situación en la cual se deba entrar en el debate de *Paz vs. Justicia* (en los términos planteados en el voto concurrente), lo lógico es que quedara esa consideración en un voto separado dejando en claro esa circunstancia. Por otra parte, sería sensato interpretar también que esos mismos jueces estaban animados por la inquietud de que precisamente la comunidad internacional o los distintos actores de un proceso de Paz pudieran llegar a conclusiones erróneas en cuanto al carácter absoluto de la prohibición de amnistiar las conductas constitutivas de GVDH en la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual, a la postre, podría ser un obstáculo mayúsculo a la hora de negociar un acuerdo de Paz o un proceso de transición vital e imprescindible para preservar la vida e integridad de las personas, así como hacer efectivo los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas.

El punto que se desea sostener con estas especulaciones es que ese voto, contrariamente a lo que ocurre usualmente con otros votos que no representan una mayoría, sean estos concordantes o discordantes, podría ser entendido como un complemento necesario e imprescindible para entender el valor de lo dispuesto en la Sentencia de Fondo.

En lo que respecta al contenido del texto del voto, el mismo introduce varios aspectos relevantes que se encuentran en armonía con la teoría de la JT y que abren nuevas perspectivas (en la jurisprudencia del tribunal) en torno a la obligación de investigar las GVDH a cargo de los Estados.

En primer término, el Juez García-Sayán indica que en el marco de una transición de un conflicto hacia la paz, puede ocurrir que los Estados que contrajeron varias obligaciones a nivel internacional no se encuentren en condiciones de hacerlo de forma plena, y simultánea. ¿Cuáles son esas obligaciones a las cuales se refiere el autor?, ¿dónde están establecidas?, y finalmente, ¿por qué motivos puede suceder que no se puedan cumplir todas plena y simultáneamente?

Conforme a lo indicado en párrafos anteriores, el autor se estaría refiriendo obviamente por una parte a la obligación de investigar y en su caso juzgar, y eventualmente sancionar, pero también a otros derechos como el derecho a la verdad, el derecho a la paz, el derecho a la reparación, y a las garantías de no repetición. Sobre ese punto, no resulta superfluo recordar que casi todos los instrumentos internacionales del DIDH obligan a los Estados a respetar y garantizar los derechos contenidos en esos instrumentos (derechos que incluyen el derecho a la vida, a la integridad personal o a la libertad).¹⁴² En otros términos, en esos escenarios, los Estados están muy lejos de tener como único cometido la investigación y sanción de las GVDH, por el contrario, deben también abocarse a cumplir por ejemplo con sus obligaciones de prevención¹⁴³ y de garantía de todos los derechos contenidos expresamente en los tratados inter-

¹⁴² Véase, por ejemplo, CADH, artículo 1.1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]"; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto".

¹⁴³ Cfr. FREEMAN, Mark, *Necessary Evils...*, op. cit., pp. 56-57.

nacionales¹⁴⁴ además de los otros derechos de las víctimas que componen los demás pilares de la Justicia Transicional como son el derecho a la verdad y a la reparación.¹⁴⁵

Correlativamente con la obligación de respetar y garantizar varios derechos, las sociedades en transición suelen perseguir diversos objetivos políticos más amplios que pueden servir de guía para satisfacer esas obligaciones a cargo de los Estados.¹⁴⁶ Nótese asimismo que a lo largo de su voto, el Juez Diego García-Sayán identifica un derecho innominado en la CADH, el cual sería el *derecho a la paz*.¹⁴⁷ Lo anterior constituye un desarrollo de una importancia considerable para la teoría de la JT en la jurisprudencia de la Corte IDH. En particular, allí se introduce un elemento que es susceptible de brindarle al tribunal herramientas que le pueden permitir abordar los dilemas inherentes a las situaciones de transición de una forma más holística. Hasta el

¹⁴⁴ Las *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*, establecen que: "al responder ante actos de violencia masiva perpetrados durante conflictos y represión, los Estados tienen múltiples obligaciones bajo el derecho internacional para proteger los derechos humanos, así como para restituir o establecer la paz y la estabilidad. Con respecto a las violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes internacionales, éstas pueden incluir: i. la obligación de investigar los sucesos y la identidad de los responsables, ii. la obligación de procesar a los responsables, iii. la obligación de proporcionar remedios para las víctimas, iv. la obligación de prevenir la repetición de los crímenes y abusos, v. la obligación de asegurar la protección eficaz de los derechos humanos en el futuro, [...] Los estados tienen el deber positivo de satisfacer cada una de ellas en la medida de lo posible [...]. El borrador de las Pautas de Belfast fue redactado por un Grupo de Expertos compuesto por especialistas y profesionales en DDHH y resolución de conflictos. Fueron Publicadas por el Transitional Justice Institute, University of Ulster en 2013.

¹⁴⁵ Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *et al.*, *Justicia para la Paz*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁶ Por ejemplo estos pueden ser de i) poner fin al conflicto o represión; ii) restaurar la estabilidad y el orden público; iii) establecer estructuras democráticas y el imperio de la ley; iv) promover la reconciliación, la paz sostenible y otros objetivos similares, y v) tratar las causas subyacentes del conflicto o represión. *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*, *op. cit.*

¹⁴⁷ Véase ENGLE, Karen, "Anti-Impunity and the Turn to Criminal law in Human Rights", *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 1069-1128 y CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *op. cit.*

momento, la Corte IDH no ha desarrollado el núcleo de ese derecho, ni ha efectuado elaboraciones en torno al contenido del mismo, como lo ha hecho por ejemplo con el derecho a la identidad,¹⁴⁸ a la verdad,¹⁴⁹ o la propiedad colectiva.¹⁵⁰

Establecida la existencia de múltiples obligaciones y objetivos a cargo de los Estados en esos contextos, surge una segunda constatación que también resulta elemental. En contextos de conflictos armados, aunque también se podría agregar de forma más genérica ampliando lo indicado por el Juez García-Sayán, en otros contextos marcados por transiciones políticas hacia un Estado de Derecho, puede ocurrir que difícilmente esas obligaciones sean cumplidas de forma plena y simultánea. De hecho, las experiencias en las cuales aquello se produjo en mayor medida, únicamente surgieron de situaciones en las cuales los “vencedores”, impusieron las condiciones de la paz a los vencidos o las condiciones de salida del autoritarismo. Además, en esos casos, los mecanismos de justicia retributiva se aplicaron en mayor medida sobre los vencidos y en menor medida sobre los vencedores.¹⁵¹

Por lo general, en aquellos momentos marcados por transiciones políticas o por situaciones de salidas de un conflicto, las sociedades experimentan transformaciones en las cuales los perpetradores de crímenes internacionales suelen encontrarse en

¹⁴⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman*, *op. cit.*, o *Caso Contreras y otros*, *op. cit.*

¹⁴⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara*, *op. cit.*

¹⁵⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001*. Serie C No. 79.

¹⁵¹ Véase OROZCO ABAD, Iván, *Justicia transicional, en tiempos de deber de memoria*, Temis, Bogotá, 2009, pp. 50-53.

situaciones de impactar sobre los procesos de transición, sobre la gobernabilidad democrática o simplemente sobre la posibilidad de poner fin a un conflicto y generar las condiciones de una desmovilización.¹⁵² En esas condiciones, pretender una colaboración de esos grupos de individuos implica necesariamente la apertura de espacios de negociación en el marco de los cuales probablemente las sociedades deberán aceptar concesiones (totales o parciales) que podrían impactar sobre un cumplimiento pleno de las obligaciones y los derechos que los Estados deben respetar y garantizar. En ocasiones, incluso, puede ocurrir que la perspectiva futura de investigaciones y sanciones por esos crímenes sea un aliciente para que los gobernantes busquen perpetuarse en el poder con la finalidad de tener mayores oportunidades de escapar a esos mecanismos de rendición de cuentas, lo cual termina retardando los procesos de transición así como la cesación de las violaciones a los DDHH.¹⁵³

Las reflexiones anteriores sobre los obstáculos que pueden representar algunas obligaciones de los Estados con respecto a otras en el marco de procesos de transición, constituyen temas clásicos e inherentes a la teoría de la JT.¹⁵⁴

¹⁵² Cfr. LEKHA SRIRAM, Chandra, "Conflict Mediation and the ICC: Challenges and Options for Pursuing Peace with Justice at the Regional Level", en WIERDA, Marieke, *et al.* (eds.), *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, Berlín, 2009, p. 304.

¹⁵³ Véase por ejemplo los casos de los Presidentes Bashir de Sudan o Mugabe de Zimbabwe, Cfr. GRONO, Nick y O'BRIEN, Adam, "Justice in Conflict? The ICC and Peace Processes", en WADDELL, Nicholas y CLARK, Phil (eds.), *Courting Justice? Justice, Peace and the ICC in Africa*, Royal African Society, Londres, 2008, pp. 13-20. Cfr. ELSTER, Jon, *Retribution*, en ELSTER, Jon (ed.), *Retribution and reparation in the transition to democracy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 50.

¹⁵⁴ entre otros, véase, ORENTICHLER, Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, pp. 2537-2615, 1991; y NINO, Carlos S., "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8,

Más recientemente, ese debate se planteó por ejemplo con respecto al papel de la justicia penal internacional en el marco de las negociaciones de los acuerdos de paz en Uganda. En ese caso, la fiscalía de la CPI emitió en el año 2005 una orden de arresto internacional contra los líderes del Lord's Resistance Army (LRA), la cual, según varios autores, pudo haber contribuido a que tuviera lugar un cese al fuego y se iniciaran las negociaciones de paz entre esa facción y el Gobierno de Uganda para poner fin a un conflicto que se había estado prolongando por dos décadas.¹⁵⁵ Sin embargo, varios autores y observadores también sostienen que la Fiscalía de la CPI obstaculizó la posibilidad de llegar a un acuerdo final para poner fin al conflicto en Uganda del Norte, en la medida en que su oposición a las formas de amnistía, o incluso al levantamiento de la orden de arresto internacional en contra de los líderes de la resistencia, impidió que estos aceptaran firmar el tratado de paz. A la postre, ello habría ocasionado que

1991, pp. 2619-2640. Asimismo, véase la discusión sobre ética de la responsabilidad contra la Ética de los principios en ZALAQUETT, José, "La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos", en *Perspectivas* 385, disponible en línea al 1 de octubre de 2016. <http://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol2-Especial/02.pdf>. Asimismo, véase *Caso Azapo* en el cual un grupo de víctimas de policía de África del Sur durante la época del Apartheid intentó impugnar la amnistía que había sido concedida por la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de ese país. El Tribunal Constitucional indicó en ese caso que la amnistía que había sido otorgada al amparo de la Ley para la Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional de 1995, era necesaria en aras de acabar con profundas divisiones sociales y para la construcción de un nuevo orden democrático, lo cual implicaba necesariamente, "un firme y generoso compromiso de reconciliación y unidad nacional" y "cerrar el libro del pasado". véase KUSHLEYKO, Anastasia, "Accountability vs. 'Smart Amnesty' in the Transitional Post-conflict Quest for Peace. A South African Case Study", en SZABLEWSKA Natalia y SASCHA-DOMINIK, Bachmann (eds.), *Current Issues in Transitional Justice Towards a More Holistic Approach*, primavera, 2015, pp. 31-54, o BOIS-PEDAIN, Antje du *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Cfr. Corte Constitucional de África del Sur. *Azanian Peoples Organization (AZAPO) vs. the President of the Republic of South Africa*, No.CCT 17/96, Sentencia de 25 de Julio de 1996.

¹⁵⁵ Cfr. OTIM, Michael y WIERDA, Marieke, *Uganda: Impact of the Rome Statute and the International Criminal Court*, ICTJ Briefing, mayo de 2010, disponible al 1 de octubre de 2016 en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Uganda-Impact-ICC-2010-English.pdf>

continuara el conflicto en esa región y que se siguieran produciendo muertes, sufrimiento y destrucciones (situación de: *ni Paz ni Justicia*).¹⁵⁶

Por otra parte, en esos mismos contextos, las posiciones de poder en las cuales se encuentran las partes negociantes no son los únicos obstáculos que se erigen frente a la posibilidad de cumplir satisfactoriamente con todas las obligaciones internacionales. Como ya se ha señalado en este texto, los escenarios en los cuales actúa la JT están marcados por circunstancias extraordinarias que desbordan las capacidades de los sistemas de justicia en la medida que la *demanda* por justicia se encuentra en un nivel anormalmente elevado, más allá de las posibilidades reales de brindarla (*oferta* de justicia).

Asimismo, suele ocurrir que las distintas obligaciones a cargo de los Estados no se cumplen todas concomitantemente, y que a lo largo del tiempo, otras obligaciones, que no habían podido ser abordadas desde un inicio, son objeto de nuevos emprendimientos a medida que se van planteando otros escenarios en los distintos contextos nacionales o incluso internacionales.¹⁵⁷ Este punto crucial en la teoría de la JT, se refiere a la temporalidad particular de esa disciplina, lo que implica necesariamente que ésta debe ser abordada desde un punto de vista diacrónico y no únicamente sincrónico.

En síntesis, en esas situaciones de transiciones políticas o de salidas de un conflicto armado, los Estados tienen distintas obligaciones que deben respetar y

¹⁵⁶ Cfr. FREEMAN, Mark, *Necessary Evils...*, *op. cit.* p. 86.

¹⁵⁷ Véase AGUILAR, Paloma, "The Timing and the Scope of Reparation, Truth and Justice Measures: A Comparison of the Spanish, Argentinian and Chilean Cases", en WIERDA, Marieke, *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 503-532.

garantizar de conformidad con el DI, que por la naturaleza misma de esos momentos históricos, puede ocurrir que esas obligaciones sean difíciles de ser cumplidas plenamente y/o simultáneamente, siendo que en algunas oportunidades, incluso, el cumplimiento de unas implica el incumplimiento de otras.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, surge casi que naturalmente o de manera obvia el problema de la jerarquía y de la primacía de esas obligaciones, o simplemente la pregunta en torno a cuáles deben ser cumplidas con anterioridad a las demás, o de ser el caso, cuáles deben ser garantizadas sin posibilidad de efectuar concesiones en aras de hacer efectivo el cumplimiento de las demás. Sin embargo, en ninguna parte, el DI establece una forma de jerarquizar esos derechos y obligaciones, o que indique cuales obligaciones deben ser cumplidas con preferencia a otras o de forma prioritaria.¹⁵⁸ Pareciera que el análisis se debe efectuar en el caso a caso, sin dar por sentado que *prima facie* existe una prelación de unas sobre otras.

Del mismo modo, esas obligaciones a cargo de los Estados y los objetivos políticos que estos buscan alcanzar suelen ser percibidos de diferentes formas por distintos sectores de la sociedad. Por ejemplo, varias encuestas realizadas a víctimas o a comunidades en distintos contextos, indican que no existe un consenso claro sobre la forma de priorizar los diferentes objetivos de la JT. En particular consta que, en algunas de esas encuestas o estudios cualitativos, las distintas medidas relacionadas con la

¹⁵⁸ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo, "Intervención de Rodrigo Uprimny en la audiencia pública del 25 de julio de 2013 ante la corte constitucional", en UPRIMNY YEPES, Rodrigo *et al.*, *Justicia para la Paz*, *op. cit.*, pp. 215–216. Asimismo, *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*, *op. cit.*

justicia penal o criminal, los procesos penales a los responsables, o la aplicación de un castigo a los mismos, suelen tener una importancia menor frente a temas como, por ejemplo, el derecho a conocer la verdad, las compensaciones, la restitución de bienes, la devolución de restos de familiares, la reconciliación, el derecho a la paz o a la seguridad pública.¹⁵⁹ En otras circunstancias, la percepción de la importancia de las persecuciones penales tiene mayor importancia o una importancia equiparable, aunque nunca constituye la única expectativa de medidas que deben ser abordadas.¹⁶⁰ Por otra parte, es posible que el imaginario colectivo o la representación pública de los mecanismos de la JT varíen con el tiempo, y que en distintos momentos se tenga

¹⁵⁹ Véase Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Victims' Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda*, 2007; RETTBERG, Angelika, *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*, GTZ, Bogotá, 2008; ROBINS, Simon, "Towards Victim-Centred Transitional Justice: Understanding the Needs of Families of the Disappeared in Postconflict Nepal", *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 5, 2011, pp. 75–98; Zimbabwe Human Rights NGO Forum, *Transitional Justice National Survey. A Report on the People's Perceptions and Recommendations*, Zimbabwe Human Rights NGO Forum, Harare, 2011; No Peace without Justice, *Accounting for the Past in Tunisia. ; An Assessment of Accountability and Transitional Justice Expectations and Perceptions across the Country Transitional Justice Academy*; disponible al 1 de octubre de 2016 en http://www.npwj.org/sites/default/files/documents/AccountingforthePastinTunisia_BaselineReport_June2013.pdf; South Sudan Law Society (SSLS), *Search for a New Beginning: Perceptions of Truth, Justice, Reconciliation and Healing in South Sudan*, Juba, 2015; VINCK, Patrick, et al., *A Population-based Survey on Attitudes about Peace, Justice, and Social Reconstruction in Eastern Democratic Republic of Congo*, Human Rights Center, University of California, Berkeley, ICTJ, 2008.

¹⁶⁰ Véase Afghanistan Independent Human Rights Commission (AIHRC), *A Call for Justice - A National Consultation on past Human Rights Violations in Afghanistan*, 2005; KIZA, Ernesto, et al., *Victims of War, An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes towards Addressing Atrocities*, Max-Planck-Institut, Hamburger Edition HIS Verlagsges. GmbH, Hamburg, 2006; Naciones Unidas, UNDP *Perceptions on Transitional Justice. Kosovo*, UNDP, 2012; PHAM, Phuong, et al., *So We Will Never Forget: A Population-Based Survey On Attitudes About Social Reconstruction and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Human Rights Center, University of California, Berkeley, ICTJ, 2009.

una nueva mirada sobre el peso de la justicia *stricto sensu* en relación con las demás componentes de esa disciplina.¹⁶¹

Independientemente de los resultados concretos en cada uno de los escenarios, ese tipo de herramientas de consulta a víctimas y a comunidades, además de contribuir a enriquecer la información para la toma de decisión a la hora de poner en marcha políticas públicas en relación con un pasado violento, también refuerzan la idea según la cual los objetivos y las prioridades en los escenarios de posconflicto son complejos, no responden a reglas universales, y deben ser abordados desde una lógica del caso a caso.¹⁶² Lo anterior no significa que se deba seguir minuciosamente las soluciones que puedan ser planteadas en esas encuestas,¹⁶³ así como tampoco que el resultado de un referéndum popular en torno a esquemas de JT deba, de forma automática, vincular o comprometer necesariamente lo decidido por una mayoría cuando éste se refiera a derechos que no se encuentran dentro de la esfera de lo "decidible" por una mayoría,¹⁶⁴ más aún cuando la misma representa la opinión de una minoría de víctimas o víctimas potenciales de GVDH.¹⁶⁵

¹⁶¹ Cfr. BACKER, David, "Watching a Bargain Unravel? A Panel Study of Victims' Attitudes about Transitional Justice in Cape Town, South Africa", en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 4, 2010, pp. 443–456.

¹⁶² Para mayor información sobre esos mecanismos, véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto, Consultas nacionales sobre la justicia de transición*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, "La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna", ponencia presentada durante la conferencia *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna* en septiembre de 2015 en Bogotá. Disponible al 1 de octubre de 2016 en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf>. Asimismo, "El plebiscito no era necesario para legitimar la paz, y menos para deslegitimarla", entrevista a Luigi Ferrajoli en la Revista Semana, 25 de octubre de 2016, disponible <http://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096>.

El voto del Juez Diego García-Sayán en el *Caso El Mozote* prosigue sosteniendo que “no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto”. De acuerdo a esta expresión, ninguno de los derechos y obligaciones a cargo de los Estados, en esos escenarios, reviste un carácter absoluto, lo cual significa que tampoco la obligación de investigar lo tendría, y menos aún la prohibición de amnistiar. Se podría discutir si, contrariamente a lo afirmado en ese voto, algunos derechos como por ejemplo el derecho a no ser ejecutado extrajudicialmente, desaparecido, o el derecho a no ser torturado son derechos absolutos (en este caso la discusión sería sobre si la prohibición de la conducta es absoluta, y no la obligación de investigar esa infracción), sin embargo esa cuestión trasciende el objeto de este trabajo. Por lo pronto, lo relevante para nuestro análisis es que la obligación de investigar (y por lo tanto la prohibición de amnistiar) no lo sería.¹⁶⁶

Se podría pensar que esa afirmación contraviene la jurisprudencia del mismo tribunal, que durante una década (antes del *Caso El Mozote*) ha ido afirmando que las amnistías de Perú, Chile, Uruguay, o Brasil eran contrarias a la CADH. Sin embargo, varias acotaciones deben ser hechas a esa constatación.

En el *Caso Gelman* la Corte IDH retoma esa idea, aunque no explica concretamente por qué motivo el acceso a la justicia y la prohibición de amnistiar constituyen derechos que nos están disponibles para que ser decididos mediante una referéndum. Véase *Caso Gelman*, *op. cit.*

¹⁶⁵ Cfr. FREEMAN, Mark, *op. cit.*, p. 126, y OACDH, *Consultas nacionales sobre la justicia de transición*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁶ La Corte IDH ha indicado en varias de sus decisiones que la prohibición de la Tortura constituía una regla de *ius cogens*, es decir una norma del derecho internacional con carácter imperativo e inderogable. Cfr. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92. Asimismo, TPIY, *Caso Furundzija*, *op. cit.*, párr. 336. Nótese que el carácter absoluto de la prohibición en ese caso se refiere a la prohibición de la conducta y no necesariamente a la investigación de las infracciones eventuales a tales prohibiciones.

Por un lado, es relevante analizar cuál ha sido la actividad procesal de cada uno de los Estados contra los cuales fueron pronunciadas las referidas decisiones en esos casos. Así, constatamos que en los casos de Perú y Uruguay, el Estado se allanó a las pretensiones de la Comisión y de los representantes y reconoció, total o parcialmente, su responsabilidad internacional.¹⁶⁷ Por lo que no se le planteaba a la Corte IDH inmiscuirse en un debate sobre las tensiones que podrían existir entre Paz vs. Justicia o entre Paz vs. Transición a la democracia. Asimismo, en algunos de esos países los tribunales internos habían emitido pronunciamientos recientes, que coincidían en parte con lo afirmado por la Corte IDH en torno a la validez de las amnistías en esos países.¹⁶⁸ En el *Caso Almonacid*, si bien el Estado chileno no realizó un reconocimiento de responsabilidad, en el transcurso del proceso ante la Corte planteó una serie de afirmaciones que denotaban una postura desfavorable a la admisibilidad de las amnistías que benefician a los autores de GVDH.¹⁶⁹ Como fuera mencionado, el *Caso Gomes Lund* constituye la única excepción, siendo que el Estado defendió la ley de autoamnistía planteando un debate entre Reconciliación Nacional y Transición a la Democracia vs. Justicia, el cual, como ya fuera señalado, fue desechado por el tribunal.

¹⁶⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Barrios Altos*, op. cit., párrs. 31, 34, y 35; *Caso La Cantuta*, op. cit., párrs. 40 a 44, y *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 19-22.

¹⁶⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 23, 142, 148, y 150.

¹⁶⁹ El Estado indicó en particular que las leyes de amnistía o autoamnistía era contrarias a las normas de DIDH, que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile, había "encontrado más de un camino para evitar la aplicación del Decreto Ley de Amnistía y, con ello, evitar sus negativos efectos sobre el respeto de los derechos humanos" y que compartía "la opinión de la Corte Interamericana que por principio es deseable que leyes de amnistía no existan, pero que, de existir, éstas no pueden ser un obstáculo para el respeto de los derechos humanos". Durante la audiencia pública, el agente del Estado de Chile indicó: "Yo quiero que quede bien claro y vuelvo a repetir acá, el Estado de Chile no está haciendo una defensa del Decreto Ley de Amnistía. Por el contrario, nosotros no consideramos que el Decreto Ley de Amnistía tenga valor, ni ético ni jurídico". Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros*, op. cit., párrs. 85 y 92.

Por otro lado, es relevante constatar que los Estados sobre los cuales vertieron los pronunciamientos del tribunal habían experimentado procesos relativamente exitosos de transición a la democracia, que además estaban siendo dirigidos por gobernantes marcadamente opositores a los que estaban en cabeza de esos países al momento de la comisión de los hechos que debía conocer el tribunal. Por lo que, en ninguno de esos escenarios, la Corte IDH ha tenido que resolver un caso en el que la anulación de una ley de amnistía podía destabilizar una democracia u obstaculizar un proceso de paz, impactar sobre la transición a la democracia, la gobernabilidad democrática o acarrear un impacto negativo sobre la seguridad pública.

En otros términos, la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la prohibición de amnistiar crímenes internacionales, ha avanzado a punta de casos, en los cuales una decisión del tribunal con rasgos marcadamente punitivistas (como fue el caso), no habría provocado ningún costo en términos de gobernabilidad democrática para los países concernidos. En ese sentido, no resulta razonable concluir que un estándar construido a lo largo de esa jurisprudencia, pueda ser aplicado de forma absoluta en casos *difíciles* en los cuales los balances entre *justicia y paz* o entre *justicia y gobernabilidad democrática* pueden ser muy distintos a los que conoció ese tribunal hasta el momento, con posibles consecuencias dramáticas en términos de violaciones a DDHH.

Se aclara que la referencia a la *dificultad* de esos casos versa únicamente sobre la intensidad del dilema de *Justicia vs. Paz* o de *Justicia vs. Gobernabilidad Democrática*, que en esos casos fallados por el tribunal, era baja, por contraposición a los casos en

donde la intensidad de ese dilema es alta (casos *difficiles*). De ninguna manera se está infiriendo con ello que otros análisis jurídicos o probatorios que se desarrollaron en esos fallos no presentaran altos grados de complejidad, ni que esos hechos no se refirieran a los crímenes más atroces que puedan ser cometidos, ni menos aún se está sugiriendo que las víctimas declaradas en esas sentencias no tengan derecho a las mismas legítimas aspiraciones y pretensiones de justicia que otras que puedan ser víctimas de hechos de similar naturaleza.

Volviendo al tema de la prohibición de amnistiar los crímenes más graves, varios autores han afirmado incluso que tal prohibición, ni siquiera constituiría una obligación internacional.¹⁷⁰ Para fundamentar lo anterior, sostienen que a) ningún tratado internacional establece tal prohibición y que el único tratado internacional multilateral que se refiere explícitamente a las amnistías es el PAII-CG, el cual, por el contrario, las estimula;¹⁷¹ b) se adoptaron, bajo la égida de NU, tratados de paz en los cuales se incluyen amnistías que cobijan a los autores de al menos un tipo de crimen internacional,

¹⁷⁰ Véase SCHABAS, William, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Asimismo, los argumentos que se desarrollan a continuación fueron desarrollados en el siguiente texto, véase: *Legal Status of Amnesty. Third party intervention in the case of Marguš vs. Croatia, No. 4455/10, 29 de mayo de 2009*, pp. 2-3, *amicus curae* presentado ante el TEDH.

¹⁷¹ El artículo 6.5 establece que "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". Estos autores agregan que en los trabajos preparatorios de dicho tratado, hubo una propuesta de cambiar el texto actual de ese artículo con la finalidad de excluir de su campo de aplicación a los autores de crímenes contra la Humanidad, sin embargo, esa propuesta fue rechazada, por lo que difícilmente podría interpretarse que la mayoría de los Estados que adhirieron con el contenido de ese artículo entendieron que las amnistías no podían aplicarse también a los crímenes de guerra. Esta interpretación estaría contraviniendo la interpretación del CICR que se refleja a través de la norma 159 de DIH Consuetudinario, mencionada en este trabajo, y que por cierto fue también utilizada por la Corte IDH en el *Caso El Mozote* (véase *supra*). Asimismo, SCHABAS, William, *op. cit.*, pp. 178-182.

c) los Estados no han sido capaces de generar consensos relacionados con amnistías en otros tratados multilaterales, d) tampoco se puede concluir que exista una práctica estatal que pueda conformar una *opinio juris* al respecto, e) entre 1980 y 2006, el número de acuerdos de Paz que comprenden amnistías que incluyen los crímenes más graves se ha mantenido relativamente estable, siendo incluso que la emisión de amnistías generales, o en blanco, son más frecuentes que la de amnistías limitadas. Todo ello contradice la idea según la cual existe una práctica creciente de procesar esos crímenes en los procesos de Paz contemporáneos, y f) varias altas cortes nacionales se han pronunciado recientemente a favor de leyes de amnistía *en blanco* cuando éstas han contribuido a concretar el establecimiento de la paz, de la democracia y de la reconciliación.

Se podría entender que algunos de los puntos planteados en los párrafos anteriores ameritarían la apertura de un análisis más detallado, sin embargo, en el presente estudio, no se pretende discutir la existencia de una prohibición internacional de amnistiar GVDH. El objetivo de este documento es más sencillo, y parte de la premisa de que esa prohibición existe desde el punto de vista del tribunal interamericano, y aspira únicamente a desentrañar si la misma reviste un carácter absoluto o no.

Sin mengua de lo expresado y si bien la referencia a estas discusiones no está vinculada con la pregunta inicial planteada en este trabajo, lo cierto es que al sostener que puede estar en duda la existencia misma de un consenso en torno a dicha prohibición en el DI, que con menos razón aún se podría afirmar que ésta puede revestir un carácter imperativo y absoluto.

El texto del voto del Juez García-Sayán prosigue sosteniendo que en las circunstancias transcritas, “es legítimo que [los derechos y las obligaciones a cargo de los Estados] se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás”. Notemos que el término “ponderar” estaría abriendo paso a la posibilidad de realizar transacciones o acciones consistentes en equilibrar las distintas obligaciones a cargo de los Estados con la finalidad de alcanzar los objetivos de hacer efectiva una transición hacia la paz, asegurar la gobernabilidad democrática y al mismo tiempo enfrentar un legado de violaciones masivas a los DDHH. Lo anterior resulta también consistente con lo establecido en el artículo 32.2 de la CADH de acuerdo al cual los “derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En ese mismo sentido, en un caso reciente, la Corte Europea de Derechos Humanos indicó que existe una “tendencia creciente” en el DI en percibir como inaceptables las amnistías que cubren actos referidos a graves violaciones a los derechos fundamentales como por ejemplo las ejecuciones intencionales de civiles o infligir graves lesiones físicas a los niños. Sin embargo, ese tribunal también indicó que debía ser aceptado que esas amnistías podrían ser posibles en circunstancias particulares tales como los procesos de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas.¹⁷²

¹⁷² TEDH, *Caso Margus vs. Croacia*, No. 4455/10, Gran Sala, Sentencia de 27 de mayo de 2014, párr. 139.

En todos casos, sin perjuicio de la relativa flexibilidad necesaria de los estándares internacionales sobre prohibición de amnistiar, por la cual se está abogando aquí, lo desarrollado en este artículo también apunta a que la existencia, y particularmente, la *percepción* de la existencia, de estándares jurídicos en formas de principios de justicia que deben ser acatados, no deja de ser un elemento esencial. El fundamento de lo anterior radica en el hecho que en escenarios en los cuales se aplican herramientas de la JT, todos los actores de un acuerdo que implica una transición, deben tener presente la vigencia y la presencia de una fuerza normativa internacional, que por su mera existencia, tiende a evitar un *acantonamiento* y una polarización en “intereses y expectativas enteramente distintos”.¹⁷³ En palabras de Rodrigo Uprimmy y María Paula Saffon, cuando, “los estándares jurídicos de la justicia transicional no son percibidos como límites normativos, prevalecen las posturas maximalistas entre los actores antagónicos”, y por el contrario cuando existe esa percepción de las restricciones normativas los actores serán más susceptibles de moverse “de una postura principialista a una postura menos radical y más comprometida”.¹⁷⁴

La forma en que se deben ponderar esos principios cuando se trata de escenarios caracterizados por transiciones políticas o de la guerra a la paz, dependen, una vez más, de las circunstancias particulares de cada contexto. Sin embargo, en lo atinente a la justicia penal, las ponderaciones pueden resultar en una graduación de la misma, la cual, como el Juez García-Sayán lo sugiere en parte en su voto, suele traducirse a)

¹⁷³ UPRIMMY, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula, “Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia”, *Anuario de Derechos Humanos*, CDH, Universidad de Chile, 2008, pp. 165-195.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 185-186.

en la aplicación de mecanismos de priorización y/o selección de delitos y/o de autores,¹⁷⁵ b) en mecanismos de reducción de penas,¹⁷⁶ c) en la sustitución de sanciones de prisión por otras con otras características; o d) por amnistías completas. Lo anterior debería estar condicionado a la consecución plena o parcial de otros objetivos (o principios) de la JT como, por ejemplo, la reparación a las víctimas, el derecho a conocer la verdad, la prevención, la cesación de las violaciones a los DDHH, la desmilitarización o el desarme de combatientes.

Las consideraciones anteriores deben también tomar en cuenta, a la hora de efectuar las ponderaciones señaladas, que el DI ha ido consolidando un principio de acuerdo al cual, ciertas conductas constitutivas de GVDH deben ser investigadas y castigadas con penas proporcionales para no volver nugatoria la persecución penal de crímenes internacionales o la lucha contra la impunidad.¹⁷⁷ La Corte IDH, al igual que el TEDH¹⁷⁸ y el TPIY,¹⁷⁹ se han pronunciado en el mismo sentido en varios casos.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Véase AMBOS, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, GIZ-ProFis, Bogotá, 2011. Asimismo, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014, y SEILS, Paul, *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*, ICTJ-Análisis, marzo de 2012. Véase también CIDH, Informe Anual, Capítulo V, *Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CUIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2014.

¹⁷⁶ Véase FREEMAN, Mark, *Necessary Evils... op. cit.*, Del mismo modo, para el caso de Colombia y la ley de Justicia y Paz, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370/06.

¹⁷⁷ Cfr. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 diciembre 1985, Artículo 4.2; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, Artículo 7.1; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 18 de diciembre 1992, Artículo 4.1; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Adoptada de 9 de diciembre de 1985, artículo 6; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 9 de junio de 1994, artículo III; Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Artículo 23.2; Estatuto de la CPI, artículo 78.1, y

Por último, notemos que estas reflexiones en torno a la proporcionalidad de la pena se encuentran enmarcadas dentro de un debate más amplio relacionado con la función de la sanción penal.¹⁸¹ Al respecto resulta oportuno recordar que algunos instrumentos como la CADH o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen específicamente que la función de la pena está vinculada con la reforma y la readaptación de la persona condenada.¹⁸² Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH ha indicado, de forma reiterada, que la investigación y sanción de los autores de GVDH busca entre otros objetivos principales, prevenir la repetición de hechos de similares naturaleza, y no hace mención del objetivo expresamente mencionado en esos instrumentos internacionales.¹⁸³

Además, esta posición no parece estar fundamentada en elementos empíricos tendientes a verificar la veracidad de tal enunciado, más allá de lo que podría ser una apreciación intuitiva al respecto. De hecho, los ejemplos de escenarios de transiciones

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Artículo 3.3.

¹⁷⁸ TEDH. *Caso Naletilic vs. Croacia*, No. 51891/99, Sentencia de 4 de mayo de 2000, párr. 2.

¹⁷⁹ TPIY. *Caso Erdemovic*, IT-96-22, Primera instancia, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, párr. 40, y *Caso Delalic*, IT-96-21, Cámara de Apelación, *op. cit.*, párr.817.

¹⁸⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela*, *op. cit.*, párrs. 193-196, *Caso Goiburú*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 19 de noviembre de 2009, párr. 23, y *Caso Barrios Altos*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *op. cit.*, párrs. 54-55.

¹⁸¹ Cfr. FILIPPINI, Leonardo, *op. cit.* p.190; GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*

¹⁸² CADH artículo 5.6: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

¹⁸³ Entre varios casos, Cfr. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 102, y *Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 90.

en los cuales esa premisa no se cumple son numerosos¹⁸⁴ y por lo pronto, los efectos de las sanciones en escenarios de transición en términos de disuasión resultan indeterminados.¹⁸⁵ Puede incluso ocurrir, como se ha visto, que precisamente la perspectiva de un castigo pueda, a la inversa de lo esperado, operar como una motivación para perpetuarse en el poder y así escapar a los mecanismos de justicia retributiva (*supra*). Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que algunas investigaciones recientes se refieren precisamente al efecto disuasivo de los juicios por violaciones de DDHH, aunque no parece existir un consenso en torno a los resultados de esos estudios, en la medida que precisamente llegaron a conclusiones opuestas.¹⁸⁶

5. Conclusiones

De acuerdo a lo desarrollado en este trabajo, se puede llegar a varias conclusiones y reflexiones en torno a la temática que fuera planteada.

En primer término, se ha podido analizar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha abordado y acompañado el desarrollo de un marco jurídico internacional sobre JT a lo largo de su jurisprudencia. Así, se ha referido a la mayoría de sus pilares, como por ejemplo al derecho a la verdad, a la reparación, a la justicia, o a las garantías de

¹⁸⁴ Cfr. FREEMAN, Mark, *Necessary Evils*, *op. cit.*, p.9, y véase ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas...*, *op. cit.* Véase asimismo, entre varios autores, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 40.3, el cual señala que la pena no disuade en los casos más graves de criminalidad.

¹⁸⁵ Cfr. ELSTER, Jon, *Retribution*, *op. cit.*, p. 50. Asimismo, véase, SEILS, Paul, *La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*, ICTJ Análisis, ICTJ, Junio de 2015, pp. 9-10.

¹⁸⁶ Cfr. SIKKINK, Kathryn, "El efecto disuasivo de los juicios por violaciones de derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012, y PAYNE, Leigh, *et al.*, *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, U.S. Institute of Peace, 2010.

no repetición. Sin embargo esos aportes se efectuaron sin que ese tribunal, con algunas pocas excepciones puntuales, los relacionara como pilares esenciales de la disciplina o los encuadrara dentro de su diseño teórico y/o práctico. En la actualidad, la jurisprudencia del tribunal sirve parcialmente de guía y sustento a distintos instrumentos internacionales relacionados con la JT, a decisiones de otras entidades internacionales en la materia, o simplemente a los operadores nacionales, gubernamentales, judiciales o de la sociedad civil, que están encargados de diseñar, implementar y/o controlar un esquema de JT.

En segundo lugar, se ha visto en lo que atañe específicamente al *derecho a la justicia*, entendida ésta en un sentido restringido de justicia penal, que la Corte IDH ha sido un actor muy importante en el diseño de los mecanismos internacionales de interpretación de las garantías judiciales que buscan, además de la protección de los procesados, y de las víctimas de crímenes internacionales, brindar herramientas a las sociedades para que se encuentren en condiciones de luchar contra la impunidad y enfrentar un legado de violaciones masivas a los DDHH.

En cuanto a las leyes de amnistía *en blanco* o amplias, el tribunal ha enfatizado desde hace unos 15 años que esas normas no pueden representar un obstáculo para la consecución del derecho a la justicia de las víctimas de crímenes internacionales, y que por lo tanto se debía considerar que las mismas son contrarias a la CADH. El tribunal aplicó este estándar en casos de leyes de *autoamnistía*, de leyes de amnistía aprobadas con posterioridad a transiciones a la democracia, a leyes de amnistía que fueron ratificadas por referéndum o plebiscito, incluso en más de una oportunidad, y

también a una amnistía posterior a la adopción de un acuerdo de paz que puso fin a un conflicto.

Estas decisiones fueron conduciendo y contribuyendo a la consolidación de un cambio de paradigma en torno a la prohibición de tolerar amnistías que abarcan conductas constitutivas de crímenes internacionales o de GVDH. En términos globales, y particularmente regionales, en un periodo de unos 20 o 25 años se ha pasado de una situación en la cual el recurso a esos instrumentos era una práctica frecuente por parte de los Estados, y en muchos casos, era consentida por las instancias internacionales, a otra situación en la cual existe una relativa intolerancia por parte de varios Estados y organizaciones internacionales a aceptar la validez de semejantes leyes o disposiciones.

Sin embargo, este artículo también discutió sobre el alcance que se le debe dar a esa prohibición, la cual ha sido consolidada por la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia, y en particular, se analiza si la misma reviste un carácter absoluto o no. Se sostiene en este texto que en el primer supuesto, aquello implicaría, que sin importar las circunstancias, esas normas asumirían el carácter de *reglas* de derecho y que jamás podrían ser utilizadas por los Estados, *cueste lo que cueste*, sin importar incluso que, como consecuencia de ello se pueda, por ejemplo, prolongar un conflicto armado, obstaculizar un proceso de transición a la democracia, o afectar la gobernabilidad democrática de un país.

No obstante, en este trabajo se afirma, a la imagen de lo sostenido por el Juez García-Sayán en su voto concordante en el *Caso El Mozote*, que existen señales e in-

dicios recientes indicando que la Corte IDH podría estar orientándose hacia la idea según la cual la obligación de investigar, y la prohibición de amnistiar las conductas más graves, tendrían la naturaleza de *principios*, que en ciertas circunstancias pueden ser ponderados con otros principios y obligaciones que también deben ser respetados y garantizados por los Estados (como la obligación de prevenir que se produzcan esas mismas conductas, los derechos a la verdad y la reparación de las víctimas, o lo que aparece sugerido como un derecho innominado en la CADH: el *derecho a la paz*). Lo anterior se ve fortalecido por el hecho de que en el DI no existe una norma que establezca una jerarquía entre todas las obligaciones a cargo de los Estados. El artículo sustenta que esa idea fue cambiando a lo largo de la jurisprudencia del tribunal, que en sus sentencias anteriores al año 2012 (casos *Barrios Altos*, *La Cantuta*, *Almonacid*, *Gelman*, y *Gomes Lund*), mantenía una postura más rígida en relación con la prohibición de las amnistías. En ese sentido, el *Caso El Mozote* podría estar marcando un cambio de rumbo en relación a la percepción de la naturaleza de la obligación de investigar y de la prohibición de amnistiar GVDH.

El artículo también discute sobre la forma en que se fue elaborando la jurisprudencia del tribunal en lo que atañe a la prohibición de amnistiar ciertas conductas. Así, el texto busca poner en perspectiva el que ese estándar se fue consolidando con base en casos en los cuales una decisión de la Corte no generaba grandes riesgos para la institucionalidad democrática de un país (en el momento de emisión de la misma).

En ese orden de ideas, la inflexión en la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del *Caso El Mozote* podría estar indicando una mayor disposición por parte del tribunal

en reconocer las insuficiencias de un estándar que venía desarrollando desde el año 2001 que resultaría excesivamente universalista, general y abstracto, para contribuir en la resolución de los casos difíciles caracterizados por tensiones entre derechos y obligaciones de otra magnitud.

En cuanto a la afirmación según la cual la investigación y sanción de las GVDH contribuyen a impedir que hechos de la misma naturaleza vuelvan a repetirse, se ha visto que debe ser manejada con cautela puesto que *a)* no queda claro el sustento empírico de tal aseveración; *b)* existe evidencia de casos concretos que demuestra lo opuesto, y *c)* la función de la pena a la cual se refiere, no se ajusta con la función de la pena reconocida por instrumentos como la CADH o el PIDCP, la cual está relacionada con la rehabilitación del condenado.

Del mismo modo, tampoco es claro que en todos los contextos, las víctimas o las comunidades tengan como prioridad la aplicación de la justicia penal en escenarios de posconflicto o de posautoritarismo. De hecho, la evidencia empírica tiende a demostrar lo contrario, y que las aspiraciones de hacer efectivos el derecho a la verdad, el derecho a la reparación o las garantías de no repetición, suelen tomar el paso sobre la aplicación de un castigo a los autores de GVDH o sobre la organización de un proceso. Por lo pronto, lo anterior no sería un motivo suficiente como para dejar de priorizar la persecución penal por sobre otros valores de justicia, más aún si la opinión mayoritaria representa a una pequeña minoría de víctimas. Sin embargo, lo indicado es relevante en la medida que alerta sobre la necesidad de examinar las situaciones con cautela y de no dar por sentado que la persecución penal constituye siempre, en toda

circunstancia y *cueste lo que cueste*, un anhelo de todas las víctimas que prima por sobre cualquier otra consideración.

La forma de ponderar el derecho a la justicia se puede traducir de distintas maneras, dependiendo de las circunstancias particulares de cada uno de los contextos sobre los cuales opera la JT y debería involucrar una visión holística que tome en cuenta el cumplimiento total o parcial de sus otros componentes. En lo que atañe al *derecho a la justicia* esas ponderaciones pueden resultar en combinaciones que implican por ejemplo la aplicación de mecanismos de priorización y selección de delitos y de autores, de amnistías totales o parciales, de reducciones de penas o de sustitución de sanciones de prisión con otras que tengan diferentes características.

Finalmente, la posición del Juez García-Sayán y las cuestiones que fueron debatidas en este artículo abren también un debate en torno al papel que debe jugar un tribunal como la Corte IDH, así como otras organizaciones internacionales que a la postre tienen la responsabilidad de monitorear el respeto y la garantía de los DDHH, en contextos en que las sociedades se ven ineludiblemente llevadas a tener que enfrentar dilemas de *Paz vs. Justicia*.

En ese sentido, cabe preguntarse sobre la forma en cómo deben actuar esos órganos en los contextos indicados. ¿Deben estos guiarse por lógicas de tipo *consecuencialistas*, animados por una ética de la responsabilidad,¹⁸⁷ tomando en cuenta la

¹⁸⁷ ZALAUQUETT, José, *op. cit.*. El autor retoma un concepto de Max Weber sobre las máximas éticas que pueden guiar la acción política, y de acuerdo a la cual la ética de la responsabilidad "supone maximizar los objetivos desea-

globalidad de la situación de un país, considerando, a la hora de tomar una decisión, los impactos que ésta puede producir sobre otras personas, víctimas potenciales y/o víctimas que no acudieron a ese órgano en un caso particular? O acaso ¿ese órgano debe focalizarse únicamente en el análisis de la situación concreta que le es presentada, haciendo abstracción de los impactos de sus decisiones siguiendo una lógica de tipo *legalista* o *principista*?

6. Referencias

Bibliohemerografía

AA.VV, *Legal Status of Amnesty. Third party intervention in the case of Marguš v. Croatia*, No. 4455/10. 29 de mayo de 2013.

AA.VV, *Víctimas sin mordaza. El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, The United States Institute for Peace, Washington, 2007

AFGHANISTAN INDEPENDENT HUMAN RIGHTS COMMISSION (AIHRC), *A Call for Justice - A National Consultation on past Human Rights Violations in Afghanistan, 2005*.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

bles, en el entendido de que la situación no permite lograrlos plenamente, y teniendo en cuenta para ello todos los factores que puedan afectar, adversa o favorablemente, su realización".

AMBOS, Kai, *et al.*, (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. I y II, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2010 (2011).

AMBOS, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, GIZ-ProFis, Bogotá, 2011.

ALEXANDROWICZ, Charles Henry, *Grotian Society Papers: Studies in the History of the Law of Nations*, The Hague, Países Bajos, 1970.

BACKER, David “Watching a Bargain Unravel? A Panel Study of Victims’ Attitudes about Transitional Justice in Cape Town, South Africa”, en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 4, 2010, pp. 443–456.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo y BERNAL PULIDO, Carlos (eds.), *El análisis del contexto en la investigación penal. Crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

BASS, Gary Jonathan, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crime Tribunals*, Princeton Studies in International History and Politics, Princeton, 2000, pp. 37-57

BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006, pp. 51-75

BIANCHINI, Stefano, *Partitions: Reshaping States and Minds*, Routledge, Nueva York, 2005.

BICKFORD, Louis, "Transitional Justice", en SHELTON, Dinah (ed.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, MacMillan-Thomson Gale, USA, tomo 1, 2004, pp. 1045-1047.

BOIS-PEDAIN, Antje du, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

CIANCIARDO, Juan, "Principios y Reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 108, 2003, pp. 891-906.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El binomio Justicia Transicional–Derecho Transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes", *Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad*. Disponible al 1 de octubre http://eprints.ucm.es/22722/1/ARTICULO_EN_ACTAS_V_JORNADAS_DE_EST_DE_SEG.pdf

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Guía para Profesionales N° 3, Ginebra, 2008.

DE FEYTER, K, et al. (eds.), *Out of Ashes. Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Amberes - Oxford, 2005.

DÍAZ GÓMEZ, Catalina, et al (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, DeJuSticia, Bogotá, 2009, pp. 31-70.

DULITZKY, Ariel, "Alcance de las obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos", en MARTÍN, Claudia, *et al.*, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 2004, pp.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

ENGLE, Karen, "Anti-Impunity and the Turn to Criminal law in Human Rights", *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 1069-1128.

ERRANDONEA, Jorge, "Justicia transicional en Uruguay", *Revista IIDH*, vol. 47, 2008, pp. 13-69.

_____, *Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el caso de Uruguay*, Aportes DPLF, año 6, núm. 18, 2013.

_____, *et al.*, "Justicia transicional en Colombia", en FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia (ed.), *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*, Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bogotá, 2012.

ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.

ELSTER, Jon (ed.), *Retribution and reparation in the transition to democracy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

_____, "La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna", ponencia presentada durante la conferencia *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna* en septiembre de 2015 en Bogotá. Disponible al 1 de octubre de 2016 en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf>

FILIPPINI, Leonardo, "Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman", *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012.

FREEMAN, Mark, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

_____, MAROTINE, Dorothée, *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?*, International Center for Transitional Justice, 19 de noviembre de 2007, p. 17.

_____, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, 2006.

FORSYTHE, David P., *Human Rights in International Relations*, 2a. ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

GALVIS, María Clara, "La debida diligencia judicial en la investigación de la violencia basada en género", en *Visibilizar la violencia de género*, GIZ, Bogotá, 2011, pp. 53-80.

GARGARELLA, Roberto, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", ponencia presentada en el marco del Seminario en América Latina de Teoría Constitucional y Política 2013, disponible al 1 de octubre de 2016 en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

GREIFF, Pablo de (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

GREPPI, Eduardo, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law", en *International Review of the Red Cross*, núm. 835, 30 de septiembre de 1999, pp. 531- 553.

HAMILTON, Michael, et al. (eds.), *Transitional jurisprudence and the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. I y II, Normas, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (2007).

HUMAN RIGHTS WATCH, *Narrowing the impunity gap. Trials before Bosnia's War Crimes Chambers*, febrero de 2007, Vol. 19, núm. 1(D).

HUYSE, Luc, et al. (ed.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Estocolmo, 2008.

KATZNELSON, Ira y WEINGAST, Barry (ed.), *Preferences and Situations: Points of Intersection Between Historical and Rational Choice Institutionalism*, The Russel Sage Foundation, Nueva York, 2005.

KIZA, Ernesto, et al., *Victims of War, An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes towards Addressing Atrocities*, Max-Planck-Institut, Hamburger Edition HIS Verlagsges. GmbH, Hamburg, 2006.

KLEFFNER, Jann K., et al. (eds.), *Complementary Views on Complementarity: Proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court, Amsterdam 25/26 2004*, T.M.C ASSER Press, Amsterdam, 2006.

LANDMAN, Todd y ROBINSON, Neil (eds.), *The SAGE Handbook of Comparative Politics*, Sage Publications, Londres, 2009.

LEKHA SRIRAM, Chandra (eds.), *Confronting Past Human Rights Violations: Justice vs. Peace in Times of Transition*, The Cass Series on Peacekeeping, Frank Cass, Nueva York, 2004.

LEONARD, Eric K., *The Onset of Global Governance: International Relations Theory and the International Criminal Court*, Ashgate Publishing, Ltd., 2005.

LIRA, Elisabeth y LOVEMAN, Brian, *Políticas de reparación. Chile 1990 - 2004*, LOM Ediciones, Santiago, 2005.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia (ed.), *Daño y Reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, GIZ-GbHmb, Bogotá, 2010.

MALLINDER, Louise, "The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws", en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 65, julio de 2016 pp 645-680.

MARTÍN, Claudia et al., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México 2004.

MAYER-RIECKH, Alexander y GREIFF, Pablo de (eds.), *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Justice*, Social Science Research Council, Chicago, 2007.

MEDINA, Cecilia, et al., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2007.

NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States. Vetting: An Operational Framework*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2006.

NAQVI, Yasmin, "The Right to the Truth in International Law: fact or fiction?", en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio de 1999, pp. 245-273.

NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007.

NINO, Carlos S., "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2619-2640.

NO PEACE WITHOUT JUSTICE, *Accounting for the Past in Tunisia. ; 13çace without Justicedemy, a ra los Derechos Humanos, a reconciliacio la aplicacilorados con menos peso que otros a el EstadoAn Assessment of Accountability and Transitional Justice Expectations and Perceptions across the Country Transitional Justice Academy*; disponible al 1 de octubre de 2016 en http://www.npwj.org/sites/default/files/documents/AccountingforthePastinTunisia_BaselineReport_June2013.pdf

O'FLAHERTY, Michael (ed.), *The Human Rights Field Operation: Law, Theory and Practice*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2007.

OLÁSULO, Héctor, *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Tirant Lo Blanch, México, 2014.

ORENTICHLER, Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2537-2615.

OROZCO ABAD, Iván, *Justicia transicional, en tiempos de deber de memoria*, Temis, Bogotá, 2009.

OTIM, Michael y WIERDA, Marieke, *Uganda: Impact of the Rome Statute and the International Criminal Court*, ICTJ Briefing, mayo de 2010, disponible al 1 de octubre de 2016 en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Uganda-Impact-ICC-2010-English.pdf>

PARRA VERA, Oscar "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, núm. 01, noviembre de 2012, pp. 5-51.

PASTOR, Daniel R., *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2009.

PAYNE, Leigh, *et al.*, *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, U.S. Institute of Peace, 2010.

PHAM, Phuong, *et al.*, *So We Will Never Forget: A Population-Based Survey On Attitudes About Social Reconstruction and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Humans Right Center, University of California, Berkeley, ICTJ, 2009.

RETTBERG, Angelika, *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*, GTZ, Bogotá, 2008.

RETTBERG, Angelika (comp. y edit.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005,

ROBINS, Simon, "Towards Victim-Centred Transitional Justice: Understanding the Needs of Families of the Disappeared in Postconflict Nepal", *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 5, 2011, pp. 75-98.

ROHT-ARRIAZA, Naomi, y MARIEZCURRENA, Javier (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-first Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

SANDOVAL, "Two steps forward, one step back: Reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes", en *The International Journal of Human Rights*, DOI, 2017, pp. 1-17

SCHABAS, William, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

SEILS, Paul, *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*, ICTJ-Análisis, marzo de 2012.

_____, *La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*, ICTJ Análisis, Junio de 2015.

SHELTON, Dinah (ed.), *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, MacMillan-Thomson Gale, USA, tomo 1, 2004.

SIKKINK, Kathryn, "El efecto disuasivo de los juicios por violaciones de derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012.

SIMON, Jan-Michael, *El esclarecimiento de la verdad en las violaciones masivas de los DD.HH.* Discurso en el Seminario Internacional sobre "Verdad, Memoria e Historia", Santa Marta/Colombia, 23 de noviembre 2009.

SOUTH SUDAN LAW SOCIETY (SSLS), *Search for a New Beginning: Perceptions of Truth, Justice, Reconciliation and Healing in South Sudan*, Juba, 2015.

STEPHENSON, Ken-Cooper, "Reparations for Residential School Abuses in Canada: Litigation, ADR, and Politics", en DU PLESSIS, Max, *et al.*, *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Intersentia, Oxford (UK), 2007, pp. 356-388.

SZABLEWSKA Natalia y SASCHA-DOMINIK, Bachmann (eds.), *Current Issues in Transitional Justice Towards a More Holistic Approach*, primavera, 2015.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

TEITEL, Ruti, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 69-94.

TRANSITIONAL JUSTICE INSTITUTE, *Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*, Transitional Justice Institute, University of Ulster 2013.

UPRIMMY, Yepes, Rodrigo y SAFFON, María Paula, "Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica", en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2006, pp. 9-36.

_____, SAFFÓN, María Paula, "Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia", *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2008, pp. 165-195.

_____, *et al.*, ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, DeJuSticia, Bogotá, 2006.

_____, *et al.*, *Justicia para la Paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y Paz negociada*, DeJusticia, Bogotá, 2014.

VINCK, Patrick, *et al.*, *A population-based survey on attitudes about peace, justice, and social reconstruction in eastern Democratic Republic of Congo*, Humans Right Center, University of California, Berkeley, ICTJ, 2008.

WADDELL, Nicholas, CLARK, Phil (eds.), *Courting Justice? Justice, Peace and the ICC in Africa*, Royal African Society, Londres, 2008.

WIERDA, Marieke, *et al.* (eds.), *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, Berlin, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZALAUQUETT, José, "La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos", en *Perspectivas* 385, disponible en línea al 1 de octubre de 2016. <http://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol2-Especial/02.pdf>

ZIMBABWE HUMAN RIGHTS NGO FORUM, *Transitional Justice National Survey. A Report on the People's Perceptions and Recommendations*, Zimbabwe Human Rights NGO Forum, Harare, 2011.

Jurisprudencia, documentos e informes de entidades internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314.

Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311.

Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.

Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2015. Serie C No. 295.

Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

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.

Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283.

Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

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

Caso García y familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

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.

Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.

Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

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

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

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 González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

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 Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso Maritza Urrutia Vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

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 Goiburú y otros vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de noviembre de 2009.

CAT, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura*, Marruecos, 5 de febrero de 2004, CAT/C/CR/31/2.

Comité de Derechos Humanos

Caso Nydia Erika Bautista, CCPR/C/55/D/563/1993, 13 de noviembre de 1995.

Caso Hugo Rodríguez (Uruguay), CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina, CCPR/C/79/

Add.46; A/50/40, 5 de abril de 1995.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina, CCPR/CO/70/

ARG. 3 de noviembre de 2000.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Chile, CCPR/C/79/

Add.104, 30 de marzo de 1999.

Observación general No. 20, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992).

Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)

Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, cap. 5.

Informe Anual, Capítulo V, *Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2014.

Informe Anual, Capítulo V, *Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2015.

Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/13, 31 diciembre 2013.

Derecho a la verdad en América, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 agosto 2014.

Informe 28/92 (Argentina), OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, 2 de octubre de 1992.

Informe 29/92 (Uruguay), OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, 2 de octubre de 1992.

Comunicado de Prensa No. 150/12, 26 de diciembre de 2016, "Amnistía y Violaciones a los Derechos Humanos".

CORTE CONSTITUCIONAL DE ÁFRICA DEL SUR. *Azanian Peoples Organization (AZAPO) vs. the President of the Republic of South Africa*, No.CCT 17/96, Sentencia de 25 de Julio de 1995.

Naciones Unidas

Comisión de Derechos Humanos. Impunidad. Resolución 2005/81, 61º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005.

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014.

Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos*, (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), S/Res/827.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), S/Res/955, 8 de noviembre de 1994.

Consejo de Seguridad, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000, S/RES/1315 (2000).

Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre actividades en materia de derechos humanos y justicia de transición realizadas por componentes de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, 7 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/93.

Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 9 de enero de 2006, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2006/91.

Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616 de 3 de agosto de 2004.

Asamblea General, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, *Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho*, A/61/636-S/2006/980, 14 de diciembre de 2006.

Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, 6 de agosto de 2009, A/HRC/12/18.

Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona S/2000/915.

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Misión de Observación en Sierra Leona, S/1999/836, de 30 de julio de 1999.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que*

han salido de un conflicto, Consultas nacionales sobre la justicia de transición, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009.

_____, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States. Vetting: an operational framework*. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006.

_____, *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009.

_____, *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York Ginebra, HR/PUB/09/1, 2009.

_____, *Instrumentos del estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, HR/PUB/08/1, 2008.

_____, *Victims' Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda*, 2007.

Comisión de Derechos Humanos preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc.E /CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo ii, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*,

(Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad).

Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

UNDP, *Perceptions on Transitional Justice. Kosovo*, UNDP, 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Caso Pellegrin vs. Francia, No. 28541/95, Sentencia de 8 de diciembre de 1999.

Caso Ergi vs. Turquía, No. 66/1997/850/1057, Sentencia de 28 de julio de 1998.

Caso Kolk vs. Estonia, No. 23052/04 y 24018/04, Sentencia de 17 de enero de 2006.

Caso Kononov vs. Letonia, No. 36376/04, Gran Cámara, sentencia 17 de mayo de 2010.

Caso Margus vs. Croacia, No. 4455/10, Gran Cámara, Sentencia de 27 de mayo de 2014.

Caso Naletilic vs. Croacia, No. 51891/99, Sentencia de 4 de mayo de 2000.

Caso McCann vs. Reino Unido, No. 18984/9, Sentencia del 27 de septiembre de 1995.

Caso Papon vs. Francia, No. 54210/00, Sentencia de 15 de noviembre de 2001.

Caso Penart vs. contra Estonia, No. 14685/04, Sentencia de 24 de enero de 2006.

Caso Stretetz y Otros vs. Alemania, No. 34044/96, 34044/96, 35532/97, y 44801/98, Sentencia de 22 de marzo de 2001.

Caso S.W. vs. Reino Unido, No. 20166/92 serie A no. 335-B, Sentencia de 22 de noviembre de 1995.

Caso Touvier vs. Francia, No. 29420/95, Sentencia de 13 de enero de 1997.

Caso Vilho Eskelinen y otros vs. Finlandia, No. 63235/00, Sentencia de 19 de abril de 2007.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, *Caso Morris Kallon y otros*, Sala de Apelaciones, Sentencia sobre excepciones preliminares (*Decision on challenge to jurisdiction: Lome Accord Amnesty*) de 13 de marzo de 2004 (SCSL-04-15-PT-060-II).

Tribunal Penal Para La Ex Yugoslavia (TPIY)

Caso Delalic et al., IT-96-21, Primera Instancia, 16 de noviembre de 1998.

Caso Delalic et al., IT-96-21-A, Cámara de Apelación, 20 de febrero de 2001.

Caso Erdemovic, IT-96-22, Primera instancia, Sentencia de 29 de noviembre de 1996.

Caso Furundzija, IT-95-17/1, Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998.

Caso Tadic, IT-94-1-AR72, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995.

TRIBUNAL PENAL PARA RUANDA (TPIR), información al 1 de octubre de 2016 en
<http://unict.r.unmict.org/en/genocide>

JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHOS DE LAS MUJERES: ALGUNOS PUNTOS FUNDAMENTALES¹

Julissa Mantilla Falcón*

SUMARIO: 1. Presentación; 2. Los estándares de la justicia transicional; 3. El proceso de incorporación de los derechos de las mujeres en la justicia transicional; 4. Aportes de la perspectiva de género a los procesos transicionales: visibilizando el papel y los derechos de las mujeres; 5. Aspectos fundamentales sobre derechos de las mujeres al establecer un mecanismo de justicia transicional; 6. Conclusiones.

RESUMEN: Pese a los estándares internacionales y algunas experiencias comparadas, la incorporación de una perspectiva de género que visibilice los derechos de las mujeres en la justicia transicional sigue siendo una tarea pendiente. El caso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (2001) marcó un hito en la materia pero aún queda mucho por hacer. Para ello, es importante entender que los estándares de la justicia transicional –verdad, justicia y reparación– deben entenderse desde una perspectiva

¹ Algunos aspectos de este texto también pueden encontrarse en Mantilla, Julissa, "La Justicia Transicional y los Derechos de las Mujeres: Posibilidades y retos", en: IUS ET VERITAS 51, diciembre 2015, pp. 208-223.

* Abogada. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Diplomado de Género de la PUCP y Maestría en Derechos Humanos (LLM) en The London School of Economics and Political Science (LSE), Londres, Inglaterra. Fue la encargada de la Línea de Género de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Fue Asesora Internacional en Justicia Transicional con Perspectiva de Género para ONU Mujeres en Colombia. Docente de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University (Washington College of Law), así como de la Maestría de Género y de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP.

diferencial para cumplir con el objetivo de este tipo de justicia, esto es, permitir a las sociedades enfrentar y resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala con miras a responder a la situación de las víctimas y evitar la repetición de estos hechos. Por ello, más allá de los marcos normativos y los desarrollos jurisprudenciales, deben considerarse aspectos fundamentales relativos a la presencia de las mujeres en los mecanismos transicionales; la continuidad de la discriminación y la violencia contra las mujeres; la victimización múltiple; el análisis diferenciado de las violaciones de derechos humanos y el caso de la violencia sexual, entre otros aspectos. De esta manera, no sólo se cumplirá con los estándares de la justicia transicional sino que, además, se logrará una perspectiva inclusiva y de transformación que contribuya a sociedades con mayor igualdad y a la no repetición de los hechos de violencia.

Palabras clave: derechos de las mujeres, justicia transicional, género

1. Presentación

Cuando se inició el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú en el año 2001, poco se sabía sobre cómo incorporar una perspectiva de género a la agenda de la justicia transicional. Existían antecedentes como el caso de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala y la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, pero lo cierto es que la gran mayoría de mecanismos transicionales no consideraba que la perspectiva de género era una prioridad o una necesidad en su trabajo, ni que una visión desde los derechos de las mujeres enriquecería los resultados. Si bien en la actualidad existe un importante trabajo en la materia a nivel internacional, existen temas pendientes y debates por desarrollar. Por ello, este artículo presenta los estándares de la justicia transicional, en un primer momento, para después dar algunas recomendaciones sobre la forma en cómo se debe abordar el análisis de género, centrándose principalmente en los derechos de las mujeres en los mecanismos transicionales.

2. Los estándares de la justicia transicional

La justicia transicional surge, fundamentalmente, para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos que han afrontado las sociedades durante los regímenes dictatoriales o los conflictos armados, violaciones que por su masividad e impacto requieren mecanismos particulares de investigación y de respuesta para las víctimas. El objetivo principal de la justicia transicional es permitir a las sociedades enfrentar y resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que “los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.²

Los mecanismos de justicia transicional pueden ser de tipo judicial como extra-judicial, incluyéndose el enjuiciamiento de perpetradores, la búsqueda de la verdad, la reconstrucción de la memoria, las reformas institucionales, entre otros.³ No existe un sólo modelo de justicia transicional sino que, por el contrario, cada sociedad aplica los mecanismos que considera más apropiados, utilizando como referentes a las experiencias internacionales y los casos comparados, además de los informes de entidades como las Naciones Unidas, por ejemplo, que han dado una serie de lineamientos para el mejor funcionamiento de estos mecanismos.

² Informe del Secretario General. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, (S/2004/616), <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/PCS%20S%202004%20616.pdf>, párr. 8.

³ Informe del Secretario General. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, http://www.unrol.org/files/S_2011_634SPA.pdf

La justicia transicional supone la existencia de situaciones complejas de violaciones masivas a derechos humanos, en las que se confrontan las expectativas de las víctimas, la identificación de los perpetradores, las formas de reparación de los daños individuales y colectivos, así como las obligaciones internacionales del Estado de juzgar y sancionar a los responsables de crímenes atroces, frente a las realidades políticas que hacen muy difícil la imposición de estas sanciones.⁴ Tradicionalmente, se habla de justicia transicional al término de un conflicto armado o una dictadura, aunque hay situaciones particulares, como el caso colombiano en el que se han combinado medidas transicionales de reconstrucción de la memoria, reparación, restitución de tierras, desmovilización, penas alternativas y un proceso amplio de negociación de paz.

Como puede imaginarse, incorporar una perspectiva de género en un contexto de justicia transicional es una tarea compleja y difícil, que muchas veces se concibe como un reto adicional, sobre todo porque la investigación tradicional de las violaciones de derechos humanos no ha sido pensada desde un enfoque diferencial. Tradicionalmente ha sido desarrollada desde una aproximación en apariencia “neutral” pero que, en realidad, invisibiliza la situación de las mujeres, asumiendo una sola visión de los hechos y de la forma de implementar los mecanismos transicionales.

Los estándares normativos de la justicia transicional son la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Los cuales deben ser entendidos desde

⁴ UPRIMNY, Rodrigo y LASSO, Luis Manuel. *Verdad, reparación y justicia para Colombia. Algunas reflexiones y recomendaciones* disponible en http://www.derechoshumanosypaz.org/pdf/Reflexiones_VJR.pdf

una perspectiva holística, esto es, que no deben desarrollarse aisladamente sino que, el progreso de cada uno debe respetar a los otros.⁵ Por ejemplo, aquellas Comisiones de la Verdad que no logren un seguimiento a sus informes finales o propuestas de reparación que no correspondan con los hallazgos de dichas comisiones, darán una visión parcial de la justicia transicional y no responderán de manera adecuada a las expectativas y necesidades de las víctimas.

2.1 El derecho a la verdad

Internacionalmente se ha consagrado la existencia de un derecho inalienable e imprescriptible⁶ de los pueblos de conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado relativos a la perpetración de crímenes aberrantes, así como de las circunstancias y los motivos que los ocasionaron.⁷ Este derecho a la verdad, comprende una dimensión doble: por un lado, se identifica el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y la identidad de los responsables; por otro lado, se encuentra el derecho de la sociedad en su conjunto de conocer la verdad sobre lo sucedido.⁸

⁵ UPRIMNY, Rodrigo, *Intervención ante la Corte Constitucional del 25 de julio del 2013*, elaborado el 24 de agosto del 2013, p. 2.

Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.556.pdf [revisado el 30 de mayo del 2016].

⁶ Principio 2, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Promoción y protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

⁷ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derecho a la verdad en las Américas, 2014, p. 8. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf> [revisado el 30 de mayo del 2016].

Las Comisiones de la Verdad son los mecanismos más utilizados para garantizar el derecho a la verdad, teniendo como obligación principal analizar los hechos de violaciones a los derechos humanos, infracciones al Derecho internacional humanitario y los crímenes atroces, así como elaborar una propuesta de reparaciones para las víctimas y de reformas institucionales, con miras a evitar que estos hechos se repitan en el futuro. Para ello, se necesita una amplia participación nacional y con mecanismos de seguimiento de sus recomendaciones, de modo que luego de la presentación del Informe final, se garantice la continuidad del proceso.

Estas Comisiones de la Verdad pueden ser oficiales, como fue el caso del Perú y de Sudáfrica; pero también se complementan con iniciativas de la sociedad civil, como el Proyecto Recuperación de la Memoria Histórica (Remhi) de la Iglesia Católica en Guatemala. Debe decirse que la mayoría de las Comisiones de la Verdad no ha incorporado todavía una perspectiva de género. Y ha sido gracias al trabajo y presión de las organizaciones de mujeres, las académicas y la cooperación internacional, que se ha logrado avances en cuanto a los derechos de las mujeres, tal como pasó en Guatemala, Sudáfrica, Perú y se viene desarrollando ahora en Colombia. En el caso colombiano se ha presentado esfuerzos provenientes tanto de las organizaciones de mujeres –como el Informe “La Verdad de las Mujeres víctimas del conflicto armado” de la Ruta Pacífica de las Mujeres–, como de entidades creadas por el Estado, como el Centro de Memoria Histórica, cuyos informes dan una visión importante sobre la situación y la realidad de las mujeres en el conflicto colombiano.⁹

⁹ Los Informes del Centro de Memoria Histórica pueden revisarse en: <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/component/content/article/130-informe-por-tematicas/genero/2021-coleccion-temas-de-genero>, septiembre 2016.

2.2 El derecho a la justicia

El fundamento del derecho a la justicia se encuentra en la obligación de los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos y las infracciones al Derecho internacional humanitario tipificadas como crímenes a nivel nacional e internacional, tales como el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, la desaparición forzada, la violación y otras formas de violencia sexual.

En procesos de violaciones masivas de derechos humanos, la administración de justicia local no cuenta con credibilidad ni se da abasto para asumir la investigación y judicialización de los crímenes atroces, por lo que se hace necesario desarrollar estrategias de investigación acordes con la masividad de estos crímenes. En este proceso, se produce una ponderación entre los derechos de las víctimas, las obligaciones del Estado y los fines de la justicia transicional. Una de las formas de abordar la investigación de estos crímenes atroces es la priorización y selección de las violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario, a fin de decidir cuáles serán judicializadas,¹⁰ además de buscar sanciones alternativas a la prisión, tal como se viene discutiendo actualmente en el proceso colombiano. Como puede imaginarse, en esta ponderación es importante visibilizar los casos de violencia de género, como

¹⁰ BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula, "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?", en *PROFIS*, Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Bogotá, 2011, p. 25.

la violencia sexual, a fin de que sea incluido como uno de los crímenes que debe investigarse.

2.3 El derecho a la reparación

La reparación debe entenderse como un mecanismo centrado fundamentalmente en las víctimas, que contribuye a su dignificación, y que puede facilitar la reconciliación y la confianza en el Estado.¹¹ Entre los principios que guían la reparación está la proporcionalidad entre la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, a partir del cual se diseñan las diferentes medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, definidas en el documento de Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas.¹²

La restitución¹³ –siempre que sea posible– implica devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del Derecho internacional humanitario; mientras que la indemnización¹⁴ debe ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del Derecho internacional humanitario.

¹¹ Véase “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

¹² *Ibíd.*, p. 9.

¹³ *Ibíd.*, Principio 19.

¹⁴ *Ibíd.*, Principio 20.

Otras medidas de reparación incluyen la rehabilitación, referida tanto a la atención médica y psicológica como a los servicios jurídicos y sociales;¹⁵ mientras que las medidas de satisfacción¹⁶ se refieren a acciones como la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella, una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, entre otras medidas. Finalmente, las garantías de no repetición¹⁷ se ubican en el contexto de la obligación del Estado de adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones de sus derechos, instalando reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales.

3. El proceso de incorporación de los derechos de las mujeres en la justicia transicional

Como ya se ha dicho, ni los documentos internacionales ni la mayoría de experiencias comparadas de justicia transicional han identificado la perspectiva de género como una prioridad en materia de investigación de las violaciones a los derechos humanos ni en los procesos transicionales. Por ejemplo, el documento base de la justicia tran-

¹⁵ *Ibíd.*, Principio 21.

¹⁶ *Ibíd.*, Principio 22.

¹⁷ *Ibíd.*, Principio 23.

sional sobre los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" del 2006,¹⁸ no hace una referencia específica al análisis de género ni a los derechos de las mujeres.

A nivel de experiencias comparadas, en materia de Comisiones de la Verdad será recién, desde la década de los 90 con los casos sudafricano y guatemalteco, que se hace un análisis específico de las violaciones a los derechos de las mujeres; casos a los que se debe sumar la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú del año 2003 y el actual proceso colombiano, en cuyo marco se ha incluido la perspectiva de género como prioridad.

Una explicación de lo anterior se encuentra al analizar el marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos. Efectivamente, si bien en la actualidad se cuenta con la Convención para Eliminar Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y de la Convención de Belém do Pará contra la violencia hacia la mujer (1994), ambos tratados fueron adoptados recientemente, con lo cual la construcción de estándares específicos de protección a los derechos humanos de las mujeres no ha tenido el mismo desarrollo que otros estándares de derechos humanos. Este desarrollo normativo debe complementarse con el análisis de la jurisprudencia internacional, por ejemplo, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En

¹⁸ *Ibíd.*

este ámbito, fue en el año 2006 cuando, por primera vez, la Corte Interamericana, emplea un análisis de género en el *Caso Castro vs. el Perú*, al resaltar que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres y que, durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo es cualquier forma de violencia sexual, la cual es utilizada en muchas ocasiones como "un medio simbólico para humillar a la parte contraria".¹⁹

Posteriormente, la Corte emitió una serie de fallos importantes en materia de derechos humanos de las mujeres, estereotipos de género, violencia sexual, entre otros temas,²⁰ pero es importante anotar que esta jurisprudencia es bastante reciente; lo cual tiene correlación con los escasos desarrollos de la jurisprudencia a nivel de los Estados.

Adicionalmente, una contribución importante para el reconocimiento de las violaciones específicas de los derechos humanos de las mujeres se encuentra en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En el primer ámbito, en la década de los 90, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia (TPIEY, 1993) y Ruanda (TPIR, 1994) permitió considerar la violencia sexual como un crimen de lesa humanidad, una forma de tortura y, además, judicializar casos de es-

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castro vs. el Perú*, 2006, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

²⁰ Al respecto, se sugiere revisar las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Castro* (2016), *Campo Algodonero* (2009), *Rosendo Cantú* (2010), *Inés Fernández* (2010), *Espinoza Gonzales* (2014), *María Veliz Franco* (2014), *Velásquez Paiz* (2015), principalmente.

clavitud sexual y desnudo forzado, principalmente. Adicionalmente, se dejó de considerar a la violencia sexual como un daño colateral de los conflictos armados; se le calificó como una estrategia utilizada para aterrorizar a la población y se estableció que podía ser un arma de guerra, para infundir terror en la población y que constituye, sin duda, un quebrantamiento de las leyes y usos de la guerra.²¹ En el caso Akayesu del TPIR el Tribunal definió la violencia sexual como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias de coerción, afirmándose que la violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo y que puede incluir actos que no tengan que ver con la penetración o, incluso, el contacto físico. Además, el Tribunal dijo que la violación sexual es una de las formas de violencia sexual y la definió como la invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias de coerción.²² De allí que la Corte Penal Internacional incluyera posteriormente una amplia regulación de la violencia sexual en su Estatuto, sea como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra.²³

En el segundo ámbito, se encuentran las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU relativas al papel de las mujeres en los procesos de paz y situaciones de conflicto que han establecido estándares importantes en la materia. Efectivamente,

²¹ MANTILLA, Julissa y UPRIMNY, Rodrigo, "Violencia de Género y Justicia Constitucional en Colombia", UNIFEM, *Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer - UNIFEM, 2009, pp. 126-127.

²² Sobre este tema, se sugiere revisar: COPELON, Rhonda, "Crímenes de género como crímenes de guerra: Integrando los crímenes contra las mujeres en el Derecho Penal Internacional", *McGill Law Journal*, Lorena Fries (trad.), 2000.

²³ Artículo 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1998, [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas emitió una serie de Resoluciones desde el año 2000, instando a todas las partes en un conflicto armado “a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado” (Res. 1325, 2000)²⁴ y señala, además, que “la violencia sexual, cuando se utiliza o se hace utilizar como táctica de guerra dirigida deliberadamente contra civiles o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra las poblaciones civiles, puede agudizar significativamente las situaciones de conflicto armado y constituir en algunos casos un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Res. 1820, 2008).²⁵

Por otro lado, y en seguimiento de la Resolución 1888 del 2009,²⁶ el Secretario General de las Naciones Unidas nombró una Representante Especial para la Violencia Sexual en conflicto armado, con el mandato de aportar un liderazgo coherente y estratégico, colaborar efectivamente para reforzar los mecanismos de coordinación existentes en las Naciones Unidas e iniciar gestiones de promoción ante, entre otras partes, los gobiernos, incluidos sus representantes militares y judiciales, así como todas las partes en conflictos armados y la sociedad civil, a fin de afrontar, tanto en la sede como en los países, la violencia sexual en los conflictos armados. Asimismo,

²⁴ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1325, 2000, 2008 <http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/politicaexterior/Documents/Resolucion%201325%20mujeres.pdf>

²⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1820, 2008, <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/nwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4868e9222>

²⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1888, 2009, http://www.ipu.org/splz-e/cuenca10/UN_1888.pdf

estableció un Equipo de Expertos para que se ocupe de situaciones particularmente preocupantes de violencia sexual en los conflictos armados, a fin de ayudar a las autoridades nacionales a reforzar el estado de derecho en el tema.

Posteriormente, en la Resolución 1960,²⁷ el Consejo de Seguridad solicita al Secretario General que establezca disposiciones de vigilancia, análisis y presentación de informes sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos, incluidas las violaciones en situaciones de conflicto armado. En este sentido, el Consejo de seguridad ha sido claro en expresar su preocupación por los casos de violencia sexual en conflictos armados, demandando el establecimiento de políticas de tolerancia cero ante estos hechos, la prohibición de amnistías para los responsables y la obligación de los Estados de judicializar estos hechos, aspectos que aportan de manera importante al desarrollo de estándares internacionales para la protección de los derechos de las mujeres.

Finalmente, el Comité de la CEDAW emitió la Recomendación General 30 del 2013, sobre la situación de las mujeres tanto en la prevención como en el desarrollo de los conflictos armados y en las situaciones de post conflicto. En este documento, el Comité de la CEDAW resaltó que

a pesar de que las mujeres suelen asumir papeles de liderazgo durante los conflictos, como cabezas de familia, conciliadoras, líderes políticas y combatientes,

²⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1960, 2010, [http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SCResolutionWomen_SRES1960\(2010\)\(esp\).pdf](http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SCResolutionWomen_SRES1960(2010)(esp).pdf)

el Comité ha expresado su preocupación en repetidas ocasiones, ya que se las silencia y margina en los períodos posteriores a conflictos y de transición y en los procesos de recuperación. El Comité reitera que la inclusión de una masa crítica de mujeres en las negociaciones internacionales, las actividades de mantenimiento de la paz, todos los niveles de la diplomacia preventiva, la mediación, la asistencia humanitaria, la reconciliación social, las negociaciones de paz a nivel nacional, regional e internacional, así como en el sistema de justicia penal, cambiará las cosas.²⁸

En la actualidad los estándares internacionales²⁹ establecen que se debe realizar esfuerzos para garantizar que los derechos de las mujeres sean incorporados en los mecanismos y procesos de justicia transicional, considerando que la inequidad de género es una de las formas de desigualdad social más generalizadas y que resulta frecuentemente exacerbada por los conflictos y las situaciones de graves violaciones de derechos humanos. En este sentido, en octubre del 2011 el Consejo de Derechos Humanos emitió la Resolución 18/7, dando creación a la "Relatoría sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición", en la que se establece que el mandato del Relator debe integrar una perspectiva centrada en las víctimas y una perspectiva de género, en todas las actividades del mandato. Ambas perspectivas deben entenderse de una manera interrelacionada, del mismo modo como debe entenderse el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Esto significa, por un lado, reconocer que las medidas de justicia transicional no pueden desarrollarse de manera adecuada sin que las víctimas estén debidamente

²⁸ Comité de la CEDAW, Recomendación General 30, 2013, <http://www.cc.gob.gt/ddhh2/docs/Organos/Mujer/Generales/OGmujer30.pdf>

²⁹ United Nations, "Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice," Marzo 2010, http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf

representadas en mecanismos como las comisiones de la verdad, en el seguimiento activo de los procesos judiciales y en el diseño de las reparaciones. Pero además, significa que esa participación no puede entenderse ni desarrollarse en términos neutrales ni generales. En este sentido, el relator Pablo de Greiff –en su informe de agosto de 2012–³⁰ ha considerado la perspectiva de género como una condición *sine qua non* para una aplicación eficaz de las medidas de justicia transicional, lo cual abarca no sólo el estudio de las violaciones de derechos humanos en sí, sino también el análisis de las secuelas de las violaciones y de los conflictos que afectan a las mujeres. Y esto implica además, ha dicho el Relator, entender que existen violaciones de derechos humanos como el desplazamiento interno y la violencia sexual que tienen una composición mayoritariamente de mujeres entre sus víctimas, lo cual implica tomar medidas diferenciadas.

4. Aportes de la perspectiva de género a los procesos transicionales: visibilizando el papel y los derechos de las mujeres

Como se ha dicho líneas arriba, no se ha entendido a cabalidad el aporte de la perspectiva de género en los mecanismos de justicia transicional. Usualmente, el enfoque de género ha sido visto como una imposición más que como una contribución a estos procesos, lo cual ha tenido como consecuencia que se le incorpore de manera tardía e incompleta y sólo en algunos aspectos puntuales. Sin embargo, este enfoque permite dar una visión integral a los mecanismos transicionales y obtener mayor y mejor in-

³⁰ GREIFF, Pablo de, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, ONU. 21º. periodo de sesiones, 9 de agosto de 2012, A/HRC/21/46.

formación para el recuento de los hechos y la elaboración de las propuestas de reparación y de no repetición.

Como se dijo al inicio de este artículo, aunque entendemos que la perspectiva de género debe abordar también la situación de la población LGTBI, nuestro aporte se centra en el caso de los derechos de las mujeres y los alcances que la perspectiva de género aporta en este tema, como veremos a continuación.

En primer lugar, el análisis de género ayuda en el estudio de las causas y consecuencias de las violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de los conflictos armados, permite entender que a las mujeres se las agrede no sólo por su participación directa sino también por ser esposas o familiares de los actores del conflicto. En cuanto a las consecuencias, un ejemplo claro es el de la maternidad forzada ya que, si bien hombres y mujeres pueden ser violados sexualmente, sólo las mujeres resultan embarazadas y, en países donde la interrupción del embarazo en casos de violación sexual no está permitida, deben asumir el embarazo y la crianza de los niños nacidos como consecuencia de la agresión, pese a no desearlo.

Otro ejemplo puede encontrarse en el análisis de la huida de la población ante la arremetida de alguno de los actores en conflicto, aspecto destacado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Así, el informe guatemalteco cuenta que cuando los combatientes llegaban a las comunidades, eran los hombres los que escapaban primero, ya que las mujeres se demoraban recogiendo a sus hijos y recolectando los utensilios y alimentos que les permitirían sobrevivir durante los días que debieran permanecer lejos de su hogar. Es decir, la idea tradicional de la mujer madre-

cuidadora del hogar se ve claramente reflejada en este hecho concreto, del cual derivaron situaciones de riesgo para la integridad personal de las mujeres, quienes muchas veces no lograban escapar y eran detenidas y sometidas a torturas y violencia sexual. Esta situación continuaba en aquellos casos que las mujeres buscaban información sobre sus compañeros o familiares desaparecidos y debían acercarse a las instituciones estatales, donde también eran sometidas a nuevos maltratos.

Otro ámbito que debe mencionarse es la judicialización de los crímenes atroces, ya que las experiencias comparadas demuestran que con mayor frecuencia se prioriza la investigación y denuncia judicial de casos como las desapariciones forzadas o las ejecuciones extrajudiciales, pero se deja de lado los procesos por violencia sexual. Por un lado, no se entiende que la violencia sexual también es una violación de derechos humanos y, adicionalmente, la falta de pruebas y testigos así como las dificultades que experimentan las víctimas para denunciar, hace que la judicialización de estos hechos no se realice de manera adecuada. Una perspectiva de género desde los derechos de las mujeres permitiría diseñar procedimientos y mecanismos de investigación apropiados, además de promover la capacitación y formación de los funcionarios a cargo de modo que el proceso judicial que se inicie sea una real oportunidad para obtener justicia y no una nueva victimización.

Como elemento adicional, la perspectiva de género también es útil para la elaboración del concepto de víctima, ya que permite dejar de lado las definiciones tradicionales que, en apariencia resultan neutrales, dejan de lado las particularidades de las personas afectadas por las violaciones de derechos humanos. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en los testimonios recogidos en el proceso sudafricano, que demuestran

que el papel de las mujeres como madres era utilizado al hacerlas víctimas de tortura psicológica. Por ejemplo, el informe sudafricano narra cómo a las mujeres detenidas se les decía que sus hijos habían muerto y que si ellas no les brindaban información no los enterrarían.³¹

En materia de reparaciones, la perspectiva de género permite incluir aspectos como el empoderamiento de las mujeres en la determinación de las formas de reparación que más se adecuen a sus necesidades. Así, el derecho de las mujeres a la información, su participación activa en el diseño de estos mecanismos y la inclusión de medidas de acción afirmativa, están entre los principales aspectos que permitirán la dignificación de las víctimas.³²

En cuanto a las garantías de no repetición, éstas ofrecen un enorme potencial para transformar las relaciones de género, ya que permiten analizar las causas estructurales de la violencia y sus manifestaciones de género y diseñar medidas para garantizar su erradicación. Se trata, fundamentalmente, de poder erradicar la subordinación tradicional de las mujeres, considerando que en las etapas de postconflicto, por ejemplo, las mujeres se encuentran sujetas a nuevas formas y a veces mayores niveles de violencia, debido a circunstancias diversas. Así, por ejemplo, la interiorización de métodos de violencia en el conflicto por parte de los combatientes no desaparece de inmediato cuando se firma la paz; y el que las mujeres hayan adquirido

³¹ GOLDBLATT, Beth y MEINTJES, Sheila, *Gender and the Truth and Reconciliation Commission: A Submission to the Truth and Reconciliation Commission*, 1996, disponible en: <http://www.doj.gov.za/trc/submit/gender.htm>, visitada el 14 abril 2005.

³² *Ibíd.*

mayor independencia y figuración política lleva a generar resistencias por parte de los hombres que vuelven del combate.³³ Por tanto, una perspectiva de género permitirá proyectarse al futuro para evitar que las situaciones de vulnerabilidad de las mujeres en el contexto transicional genere y reproduzca situaciones de violencia de género.

Sin duda, incorporar una perspectiva de género en los mecanismos de justicia transicional no es sencillo pero resulta de suma necesidad y deben realizarse esfuerzos para garantizar que los derechos de las mujeres sean incorporados en estos procesos, considerando que la inequidad de género es una de las formas de desigualdad social más generalizadas y que resulta frecuentemente exacerbada por los conflictos y las situaciones de graves violaciones de derechos humanos.³⁴

5. Aspectos fundamentales sobre derechos de las mujeres al establecer un mecanismo de justicia transicional

Más allá de los marcos normativos y los desarrollos jurisprudenciales, existen algunos aspectos fundamentales al momento de hablar de justicia transicional y derechos de las mujeres que deben considerarse en el debate, al momento de establecer un mecanismo de este tipo, tal como presentamos a continuación:

a) La presencia de las mujeres: La idea central es lograr una participación paritaria de hombres y mujeres en estos mecanismos no sólo porque se trata del

³³ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/14/22 19 April 2010, página 27.

³⁴ United Nations, "Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice," March 2010, http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf.

cumplimiento de las obligaciones de los Estados relativas al principio de no discriminación y a lo establecido por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 18/7, sino porque la presencia de mujeres permite conocer una perspectiva distinta a la tradicional con relación a las afectaciones a sus derechos humanos y las posibilidades de reparación y garantías de no repetición.

Es necesario entender que la presencia de las mujeres debe darse desde el inicio de los debates en justicia transicional y en posiciones que les permitan participar al mismo nivel que los hombres en el diseño de los mecanismos transicionales así como en las principales decisiones sobre su implementación. Si bien, puede argumentarse que incorporar más mujeres en los mecanismos transicionales no necesariamente garantiza una perspectiva de género, lo cierto es que la presencia mayoritaria de hombres tampoco lo hace.³⁵

Ahora bien, es importante reflexionar sobre las consecuencias de *añadir* el término “mujeres” cuando los mecanismos transicionales ya han sido creados o limitar su participación a una minoría simbólica. En primer lugar, debe tenerse claro que de esta manera no se garantiza un tratamiento adecuado de los derechos humanos de las mujeres porque es justo en el proceso de debate y discusión en que se desarrollan los acuerdos fundamentales, los lineamientos básicos, la metodología aplicable, entre

³⁵ En este punto, resulta importante recordar una entrevista a María Emma Wills, que fue la única mujer que integró la Comisión Histórica del Conflicto Armado y sus Víctimas en Colombia y que, ante este hecho, declaró: “Existen en el país muchísimas profesionales mujeres que deberían hacer parte de este grupo. No es equitativo ni justo con más del 50 por ciento de la población colombiana, ni con mis colegas, que, de doce integrantes, sea yo la única mujer”. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/maria-emma-wills-cla-ve-en-la-comision-historica-del-conflicto-armado/14545056>

otros puntos, y allí se definirá las prioridades de trabajo. Por otro lado, el no incorporar la palabra “mujeres” en la misma proporción que los hombres envía un mensaje negativo a la sociedad y a los integrantes de los mecanismos transicionales, y se consolidan estereotipos de género según los cuales la presencia de las mujeres es prescindible y sus necesidades pueden estar representadas por otros.

Adicionalmente, no incluir mujeres en el diseño de los mecanismos transicionales implica desconocer su papel en la denuncia de violaciones de derechos y su búsqueda de la justicia. El caso de la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP), las Abuelas de la Plaza de Mayo en Argentina y coaliciones como la Iniciativa de Mujeres por la Paz y la Ruta Pacífica de las Mujeres de Colombia, son sólo algunos ejemplos del papel fundamental de las mujeres en este tema. Sus experiencias, la información recabada, las dificultades encontradas en el acceso a la justicia, son todas fuentes importantes para la reconstrucción de la verdad, las propuestas de reparación y las garantías de no repetición.

Por otro lado, no se puede olvidar el papel que las mujeres tienen que desarrollar, por ejemplo, en los conflictos armados de larga duración, donde tienen que lidiar a diario con la cotidianidad de la guerra, tratando de garantizar su sobrevivencia y las de sus familias, sobre todo cuando han perdido a sus compañeros, independientemente de que después se forme o no un mecanismo transicional. Esas vivencias son aspectos fundamentales para la reconstrucción de la memoria y el diseño de propuestas de reparación.

Aunado a esto, la realidad comparada demuestra que las mujeres se organizan en este proceso, estableciendo relaciones de confianza sólidas y duraderas que son la base para que los mecanismos transicionales y los procesos de paz se sostengan y desarrollen satisfactoriamente. En el caso de mujeres víctimas de violencia sexual, por ejemplo, es muy difícil obtener testimonios y la experiencia demuestra que cuando el mecanismo transicional logra establecer alianzas con estas organizaciones se puede llegar a las víctimas y lograr su participación. Esa confianza no se construye de un día para otro, sino que está asentada en el trabajo y la credibilidad previa de las organizaciones de mujeres.

b) La continuidad de la discriminación y la violencia contra las mujeres:

Las experiencias peruana y guatemalteca demuestran que la desigualdad y la violencia de género preexisten al conflicto armado, se mantienen durante la guerra y pueden continuar en el postconflicto si los mecanismos transicionales no cumplen un papel de transformación de esa situación. Por tanto, la incorporación de una perspectiva de género en estos mecanismos permitirá diseñar nuevas relaciones de género donde las mujeres tengan un papel protagónico y no se reproduzca la desigualdad que es la base de la violencia. Las propuestas de reparación y de garantías de no repetición, sin duda, son una posibilidad de plantear reformas estatales vinculadas a la lucha contra la discriminación, la satisfacción de los derechos de las mujeres, la erradicación de la violencia de género, el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales y la participación de las mujeres en la nueva institucionalidad.

La experiencia colombiana en materia de reparaciones ha aportado al debate el concepto de reparación transformadora, concepto que parte de entender que el pro-

pósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación, sino “transformar” esas injustas circunstancias, que pudieron causar el conflicto. Se trata de entender las reparaciones como una oportunidad de avanzar a una sociedad más justa y de superar situaciones de exclusión y desigualdad.³⁶

Sin embargo, esta transformación debe tener también una perspectiva de género, resaltando que existen aspectos particulares y diferentes entre las víctimas que recibirán la reparación ya que la discriminación no es la misma para todas las personas ni se vive de la misma manera.

c) La victimización múltiple: En contextos de graves violaciones de derechos humanos y de larga duración, suele suceder que una misma persona es víctima de más de una violación de derechos humanos y por más de un perpetrador. Asimismo, una persona víctima de violaciones a sus derechos puede haber sido a la vez perpetradora y haber generado víctimas de violaciones a sus derechos.

Ahora bien, en el caso concreto de las mujeres, la complejidad anterior se agudiza ya que las afectaciones en su vida cotidiana se mezclan y confunden con las afectaciones de la guerra. Un ejemplo de esto es la violencia sexual que, como se sabe, es sufrida por las mujeres desde la niñez, situación que marca su desarrollo y crecimiento

³⁶ UPRIMNY, Rodrigo y GUZMÁN, Diana, “Un concepto transformado y participativo para las Reparaciones”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 17, julio-diciembre de 2010, p. 253.

y que posteriormente puede volverse a presentar en un contexto de conflicto armado o de dictadura. Es imposible trazar una línea divisoria entre ambas situaciones y, sin embargo, es necesario desarrollar mecanismos que puedan distinguir ambos procesos, no para separarlos radicalmente, sino para entender su relación y complejidad.

La pregunta que debe plantearse es cómo deben afrontar estos hechos los mecanismos transicionales, lo cual lleva a reiterar lo dicho líneas arriba, relativo a la importancia de la participación de las mujeres y niñas en estos mecanismos pero, además, a pensar en esta realidad al momento de diseñar la metodología de investigación de las violaciones de derechos humanos.

d) El análisis diferenciado de las violaciones de derechos humanos: Los mecanismos transicionales deben analizar todas las violaciones de derechos humanos desde una perspectiva diferencial tanto a nivel de sus causas como de sus consecuencias e impacto. Así por ejemplo, las desapariciones forzadas afectan de manera mayoritaria a los hombres pero son las mujeres quienes tienen que asumir la sobrevivencia de la familia y la búsqueda de la justicia y esta situación debe visibilizarse ya que en este proceso las mujeres sufren violaciones a sus derechos humanos que no siempre reciben la misma atención y prioridad. Otro ejemplo es el del desplazamiento forzado, sobre el cual el caso colombiano ha demostrado que la violencia sexual es la causa principal de desplazamiento para las mujeres.³⁷

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Auto 92, 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>

Por tanto, la metodología de investigación debe apuntar a este análisis diferenciado, entendiendo, además, que las mujeres se acercan a los mecanismos transicionales a denunciar las violaciones a los derechos humanos de sus familiares y parejas, sin priorizar necesariamente lo que les sucede a ellas. El análisis de contexto, en consecuencia, resulta fundamental, de modo que se tenga mayor información al momento de determinar las casusas y consecuencias de las violaciones de derechos humanos y, además, se pueda pensar en posibilidades de reparación transformadora y de garantías de no repetición eficaces.

e) La violencia sexual: Para el caso específico de la violencia sexual, los estándares internacionales han consagrado que es una práctica frecuente en situaciones de graves violaciones de derechos humanos y que su investigación requiere lineamientos específicos.

Así, por ejemplo, a partir de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya no se analiza sólo la violación sexual sino otras formas de violencia sexual como el desnudo forzado, el embarazo forzado, la esclavitud sexual, la tortura sexual, entre otras. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado importantes aportes en la materia referidas a los estándares y protocolos específicos para la investigación de estos hechos. En primer lugar, la Corte ha establecido que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores, por lo cual no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por tanto,

la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, la Corte ha resaltado que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva generalmente.³⁸ Por otro lado, en su jurisprudencia, la Corte ha destacado las obligaciones reforzadas que tienen los Estados para prevenir y erradicar la violencia sexual, estableciendo además una serie de estándares sobre la adecuada investigación y tratamiento de estos hechos.

Si bien, la violencia sexual afecta a hombres y mujeres, lo cierto es que en este caso se habla de violencia de género, que afecta mayoritariamente y de manera específica a las mujeres y que, como ha sido demostrado en las experiencias comparadas, se emplea en los conflictos como un medio de represalia, terror y castigo contra la población.

Ahora bien, además de estos aspectos específicos, es importante entender la complejidad de la violencia sexual que usualmente no es visibilizada al momento de investigar los hechos. Para ello, nos referiremos específicamente al caso de la violencia sexual en el conflicto armado.

En este punto, una primera aproximación es entender el vínculo de la violencia sexual con la participación de las mujeres en los grupos armados. Un ejemplo de esto se encuentra en el reconocido reportaje de Alexandra Samper sobre el rapto

³⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, 2010; *Caso J vs. Perú*, 2013.

de Guillermo, *La Chiva*, Cortez en Colombia, cuando Cortez narra el testimonio de una guerrillera muy joven que lo tenía a cargo quien le cuenta que de adolescente era constantemente violada junto a sus hermanas menores por el marido de su madre. Ella conoce a un joven guerrillero, quien le enseña a usar un arma y a la siguiente ocasión que se produce el abuso, ella lo mata y se enrola en las FARC.³⁹

Se trata, por tanto, de entender que el impacto de la violencia sexual no se limita al daño directo en las víctimas sino que trasciende a la sociedad y también tiene consecuencias en la decisión de las mujeres de participar en los grupos armados. Erradicar la violencia sexual, es una tarea por demás urgente y que debe llevar a considerar esta labor como una garantía de no repetición.

³⁹ El secuestro de la Chiva. Un testimonio sobre los 205 días del rapto de Guillermo Cortés, http://elmalpensante.com/articulo/3117/el_secuestro_de_la_chiva, "(...)Mija, Culebrita, ¿tú por qué te metiste en esta vaina? –le pregunté.

–Yo vivía con mi mamá y mis dos hermanas en un pueblito cerca de La Dorada. Mi mamá trabajaba en un bar sacando de su propio cuerpo el sustento pa' la casa. " (...) mi mamá tenía un querido y lo llevaba por las noches al rancho. Los dos se metían unas borracheras tremendas, y cuando mi mamá no quería tomar más, él se iba para la pieza con ella. El problema era que él, antes de llegarle a mi mamá, se entraba primero a la pieza donde yo dormía con mis dos hermanas. Yo tenía catorce años y mis hermanitas son menores. El cucho violaba a alguna de las tres y después se largaba a dormir la borrachera a la cama de mi mamá. (...) Pasó que un día la guerrilla llegó al pueblo y uno de los muchachos se interesó por mí. Me gustaba porque era papito y tenía mucha educación. El muchacho era querido y le conté lo del cucho de mi mamá. "Estoy que no aguanto más", le dije. "Cuando se arrima a mi catre, me toca aguantarme las ganas tan berracas de vomitar mientras me clava, pero cuando está en esas con mis hermanitas me dan ganas es de matarlo, porque uno hasta se aguanta esa porquería, pero los pobres angelitos no tienen por qué sufrir esa joda". Y él me respondió: "Esa es una razón de peso para tomar una decisión definitiva. La solución es muy fácil". Por las tardes, cuando salíamos a pasear, el muchacho me enseñó a manejar su revólver. Un día llegó el cucho muy tomado como siempre y nosotras nos fuimos a acostar. Mi mamá y el tipo se quedaron tomando un rato más, hasta que sentí al cucho entrando en nuestra pieza. Esa noche no había luna y estaba muy oscuro. El cucho se fue derecho para el colchón de mi hermanita, yo me quedé quietica haciéndome la dormida. Oí cuando se bajó la bragueta, a mí me dio un escalofrío por toda la espalda. Y cuando se estaba quitando los pantalones, saqué el revolver de debajo de mi almohada. Me senté en la cama, apunté reteniendo el aire como me habían enseñado y le propiné seis tiros limpios sobre el cuerpo. Se sacudió igual a como se sacudía cuando nos clavaba. El muchacho me estaba esperando afuera, me fugué de la casa con él y así fue que me uní a las Farc. Aquí llevo cinco años desde eso".

En segundo lugar, un tema a profundizar en las investigaciones se refiere a los casos de violencia sexual ocurridos al interior de los grupos armados. En este tema, nuevamente el caso colombiano resulta interesante ya que en el contexto del reciente proceso de negociación de paz, muchas denuncias sobre casos de violencia sexual al interior de la guerrilla de las FARC salieron a la luz. Por un lado, la Fiscalía General de la Nación⁴⁰ denunció tener información sobre casos de violencia sexual como violaciones sexuales y embarazos forzados a lo cual se sumaron denuncias aparecidas en los medios de comunicación. Sin embargo, esto fue negado rotundamente por las mujeres y la dirigencia de las FARC,⁴¹ quienes solicitaron una comisión especial para investigar estos hechos.⁴² Probablemente, con el transcurrir del tiempo las denuncias y la información sobre estos hechos se harán más visibles y, por ello, es de suma importancia tener presente las respuestas que se darán a estos hechos desde los mecanismos transicionales que se establecerán luego de la firma del acuerdo de paz en Colombia.

En tercer lugar, es importante manejar la definición de *violencia sexual relacionada con los conflictos*, en la línea de la Resolución 1960 del Consejo de Seguridad y los informes del Secretario General de la ONU, la cual incluye “la violación, la esclavitud

⁴⁰ “Las esclavas sexuales de las FARC, según el fiscal”, *Semana*, 16 de Julio de 2016. Recuperado de: www.semana.com/nacion/articulo/fiscal-perdono-acusa-a-las-farc-de-ejercer-violencia-sexual-como-una-politica/482164. Consultado:

⁴¹ “Mujeres en Mujeres de las Farc niegan prácticas de violencia sexual en la guerrilla”, *Publimetro Colombia*, el 21 de julio del 2016, Recuperado de: <http://www.publimetro.co/noticias/mujeres-de-las-farc-niegan-violencia-sexual-en-la-guerrilla/lmkpgv/eITC3lDsphqD2/>. Consultado:

⁴² “Farc piden comisión para investigar delitos de violencia sexual”, *RCN radio*, Recuperado de: <http://www.rcnradio.com/nacional/farc-piden-comision-encargada-de-investigar-delitos-de-violencia-sexual/>; Consultado:

sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, el aborto forzado, la esterilización forzada, el matrimonio forzado y todas las demás formas de violencia sexual de gravedad comparable perpetradas contra mujeres, hombres, niñas o niños, que tienen una vinculación directa o indirecta (temporal, geográfica o causal) con un conflicto.⁴³ Como señala el Secretario General, el vínculo con los conflictos puede manifestarse en el perfil del perpetrador (a menudo afiliado a un Estado o un grupo armado no estatal), el perfil de la víctima (que con frecuencia es integrante de una minoría objeto de persecución política, étnica o religiosa), el clima de impunidad (asociado generalmente con el colapso del Estado), las consecuencias transfronterizas (como el desplazamiento o la trata de personas) o las violaciones de los términos de un acuerdo de alto el fuego.⁴⁴

Un ejemplo de esta definición se encuentra en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la cual se condenó por acceso carnal violento a integrantes del grupo Águilas Negras, el cual se considera que tiene nexo con los grupos paramilitares, reconociéndose el vínculo del hecho con el conflicto armado.⁴⁵

En cuarto lugar, hay un tema importante referido a los niños y niñas nacidos a consecuencia de la violencia sexual.⁴⁶ Si bien, acciones como la Comisión de la Verdad

⁴³ ONU, "Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos", *Informe del secretario General*, 20 de abril de 2016, S/2016/361.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 12 de noviembre de 2014.

⁴⁶ Sobre este tema se recomienda el trabajo de THEIDON, Kimberly, *Ocultos en plena luz: los niños nacidos de la violencia sexual durante tiempos de guerra*, 2015, disponible en <https://kimberlytheidon.com/2015/12/08/ocultos-en-plena-luz-los-ninos-nacidos-de-la-violencia-sexual-durante-tiempo-de-guerra/>

del Perú y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de Colombia reconocen a estos niños y niñas como beneficiarios de reparaciones, lo cierto es que en las experiencias más recientes de justicia transicional en América Latina no existen metodologías claras de investigación en el tema, lo cual debería ser una prioridad sobre todo en sociedades que salen de la violencia y plantean reconstruirse con miras a la no repetición de estos hechos.

6. Conclusiones

Como se ha visto, el desarrollo de la justicia transicional a nivel internacional no priorizó ni incluyó expresamente la situación de las mujeres ni la afectación a sus derechos humanos. Si bien ha habido un desarrollo importante en los últimos tiempos, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, lo cierto es que este proceso de incorporación está aun en curso y, más allá de lo establecido en los estándares internacionales, es importante focalizar la atención en algunos puntos fundamentales para los derechos de las mujeres al momento de establecer un mecanismo transicional. Esta incorporación debe darse desde el inicio de los debates en la materia y continuar durante la implementación de los mecanismos, la elaboración de sus informes y los procesos de seguimiento.

De esta manera, no sólo se cumplirá con los estándares de la justicia transicional sino que, además, se logrará una perspectiva inclusiva y de transformación que contribuya a sociedades con mayor igualdad y a la no repetición de los hechos de violencia.

LOS VÍNCULOS ENTRE LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL DESPLAZAMIENTO FORZADO: LA RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Federico Sersale di Cerisano*

Carmen E. Atkins**

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de desplazamiento forzado y su relevancia para guiar procesos de justicia transicional; 3. Conclusiones.

RESUMEN: El artículo resalta la importancia de abordar el desplazamiento forzado en los procesos de justicia transicional y explica los vínculos entre ambos conceptos.

* Federico Sersale es un abogado con experiencia en Derecho internacional, derechos humanos y justicia transicional. Estudió derecho en Argentina en la Universidad Torcuato Di Tella en el 2011 y obtuvo su Masters en derecho de la Universidad de Columbia en el 2014. Ha trabajado en la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Banco Mundial, entre otras instituciones internacionales. En la actualidad trabaja para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como Jefe de Oficina en Mocoa (Putumayo), Colombia, institución para la cual también ha trabajado en Ecuador, Honduras y Costa Rica. Contacto: *Federico_sersale@hotmail.com* y *sersale@unhcr.org*

** Carmen Atkins es una abogada con experiencia en litigio en el sistema interamericano y litigio constitucional en Ecuador. Obtuvo su diploma como Bachiller en Ciencias de Administración en la Universidad de Cornell en el 2001 y su diploma de Juris Doctor en la Universidad de California en Berkeley en el 2008, en el que recibió el premio Brian M. Sax por excelencia en abogacía clínica. Trabajó con la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de California y en Asylum Access Ecuador como Coordinadora de Litigio Estratégico. En éste último, litigó dos casos cuyas sentencias han sido reconocidas a nivel regional por ser las más progresivas en materia de derecho al asilo y migración. Carmen recientemente terminó una consultoría del ACNUR asesorando a la Asamblea Nacional con respecto a la Ley Orgánica de Movilidad Humana... contacto: *Carmen.atkins@gmail.com*

Asimismo, examina la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desplazamiento forzado y destaca la utilidad de la misma para guiar procesos de justicia transicional que abordan el desplazamiento forzado.¹

Palabras clave: justicia transicional, desplazamiento forzado, jurisprudencia del Sistema Interamericano, Sistema Interamericano, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, derechos humanos, derecho a la libertad de circulación, artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Introducción

Este artículo busca demostrar la necesidad latente de abordar el desplazamiento forzado en cualquier proceso de justicia transicional y la importancia de los estándares de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como guía para incorporar el desplazamiento forzado en dichos procesos. Primero, se trata brevemente los conceptos de la justicia transicional y el desplazamiento forzado. Segundo, se describen los vínculos teóricos entre ambos conceptos. Finalmente, se revisa la amplia jurisprudencia de la Corte IDH como referente para guiar procesos de justicia transicional en casos que involucran el desplazamiento forzado.

¹ Las opiniones presentadas en este artículo son únicamente de los autores y no representan la opinión del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR).

1.1 Conceptos: La justicia transicional y el desplazamiento forzado

1.1.1 Concepto general de la justicia transicional

La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado para promover sociedades pacíficas, garantizar el acceso a la justicia (de diversas formas) por las violaciones masivas de derechos humanos y Derecho internacional humanitario y crear instituciones efectivas, transparentes e incluyentes.² Los voceros de la justicia transicional reconocen que los objetivos de ésta son objetivos de largo plazo.³ Los intentos por atribuirle un enfoque integral a la justicia transicional incluyen, regularmente, tres elementos claves en cualquier política: el reconocimiento de las víctimas, la promoción de la confianza cívica y el fortalecimiento del Estado de Derecho.⁴

El concepto de justicia transicional surgió en la década de los 80 y 90 como una forma de abordar las violaciones atroces a los derechos humanos y facilitar las transiciones a las democracias, en especial en Latinoamérica y Europa del Este. Desde entonces, la justicia transicional se ha aplicado en contextos de posconflicto y posau-

² Centro Internacional de la Justicia Transicional. <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justiciatransicional> (última visita el 27 de septiembre de 2016). Ver también, DUTHIE, Roger y SEILS, Paul, "The Case for Action on Transitional Justice and Displacement", *International Center for Transitional Justice*, Briefing, marzo 2016, p. 1. Disponible en https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Briefing_Displacement_2016.pdf, (última visita 2 de octubre de 2016).

³ Brookings-Bern Project on Internal Displacement, *Transitional Justice and Displacement: Challenges and Recommendations*, junio 2012, p. 1. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/506158102.html> [última visita 1 de octubre de 2016] (en adelante, Brookings-Bern Project on Internal Displacement).

⁴ DUTHIE, Roger y SEILS, Paul, *op. cit.*, p. 2.

toritarismo. En escenarios de conflicto más recientes, las políticas de justicia transicional se han aplicado aún cuando los conflictos no han finalizado.⁵

1.1.2 Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre desplazamiento forzado, para su definición como una violación de derechos humanos.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado propenden a identificar y cubrir las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo. Estos principios definen los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado y para su protección y asistencia, tanto durante el desplazamiento, como durante la etapa de retorno, reasentamiento o reintegración,⁶ también conocido como soluciones duraderas. Los Principios entienden por desplazados internos a:

las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.⁷

⁵ *Ibíd.*, p. 3.

⁶ Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

⁷ Principio Rector No. 2.

Los Principios fueron redactados a partir de una necesidad visible de preparar un marco adecuado para la protección y asistencia de los desplazados internos.⁸ Esta necesidad fue evidente en vista de la situación de desplazamiento forzado en Colombia, la que fue objeto de varios informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la década de los 80.⁹ Cabe recalcar que los Principios fueron dirigidos hacia las autoridades, grupos y personas en sus relaciones con los desplazados internos; y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en su quehacer con las poblaciones desplazadas.¹⁰

Estos Principios Rectores disponen el retorno, el reasentamiento y la reintegración de la población desplazada como forma de reparación para la misma. En este aspecto, el Principio 28 dispone la “obligación y responsabilidad primaria de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país”¹¹ y la obligación de que éstos recu-

⁸ Véanse resoluciones 50/195 de 22 de diciembre de 1995 y 96/52 de 19 de abril de 1996, respectivamente.

⁹ APONTE CARDONA, Alejandro, “Desplazamiento forzado, sistema interamericano y Derecho penal interno. Hacia una confluencia racional y consistente de diversos ámbitos de protección de derechos humanos”, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, STEINER, Christian (ed.), Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2011, pp. 71-126.

¹⁰ CIRC, “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* 30 de septiembre de 1998. Disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmhb.htm> (última visita 27 de septiembre de 2016).

¹¹ Principio 28: 1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

peren las propiedades de las que fueron desposeídos o sean indemnizados por ellas.¹² Asimismo, los Principios disponen la obligación de los Estados de proteger a las personas desplazadas contra la discriminación y garantizar su participación en asuntos públicos. Por último, señalan que las autoridades deben asegurar la participación política de las personas desplazadas.¹³

Los Principios de justicia transicional son medidas que deben utilizarse como herramientas para abordar la violación de desplazamiento forzado como elemento esencial para lograr una justicia transicional efectiva.

Al ser el desplazamiento forzado una violación de los derechos humanos que se comete habitualmente en tiempos de conflicto, así como en el marco de regímenes represivos, un enfoque integral de la justicia transicional debe atender a las personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado. El desplazamiento forzado sucede con frecuencia a la par de atrocidades y violaciones de derechos humanos, además de ser una violación de los derechos humanos en sí. Las violaciones como masacres, detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas, violaciones sexuales a menudo son causas previsible de desplazamiento.

¹² Principio 29(2). "2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan".

¹³ Principio 28(2): Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

Asimismo, el desplazamiento forzado es una técnica ilegal de combate en sí, que se aplica, por ejemplo, cuando los conflictos emplean técnicas de suelo arrasado. En estos casos el propósito mismo del desplazamiento forzado es instituir terror entre la población civil.¹⁴ Cabe anotar que el desplazamiento forzado también constituye en sí mismo un crimen de lesa humanidad o de guerra según la actual normativa penal internacional. El desplazamiento forzado se clasifica en este aspecto en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma,¹⁵ así como en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY).¹⁶

Si bien el desplazamiento está estrechamente vinculado con la justicia transicional, a la fecha se le ha dado poca atención a la utilidad de las medidas de justicia transicional para abordar la gama de injusticias asociadas con el desplazamiento y para generar una solución integral y duradera para aquellas personas que han sido víctimas de un desplazamiento forzado.¹⁷ Tradicionalmente, la justicia transicional se

¹⁴ Véase Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 182.

¹⁵ DUTHIE, R. y SEILS, P., *op. cit.*, p. 2... Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad: 1. A los efectos del presente Estatuto, se entiende 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: d) Deportación o traslado forzoso de población. Artículo 8. Crímenes de Guerra. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; [...]

¹⁶ Estatuto de la Corte Penal para la ex- Yugoslavia, Artículo 5: Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: [...] d) Expulsión; [...]

¹⁷ Brookings-Bern Project on Internal Displacement, *supra* nota 3, p. 2.

ha aplicado a los casos de las violaciones más atroces cometidas por regímenes autoritarios, como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y tortura.¹⁸ Dicha omisión es lamentable, dado que la contribución de largo plazo más importante de la justicia transicional puede ser precisamente facilitar una solución duradera para las personas desplazadas anteriormente.¹⁹

No obstante esta omisión, existen una serie de informes recientes, resoluciones y directrices que reconocen la necesidad de que las sociedades y los actores que buscan resolver las crisis de desplazamiento forzado respondan a la búsqueda de justicia que conllevan éstas.²⁰

La variedad de medidas que conforman una política de justicia transicional para la violación de desplazamiento forzado incluyen:

- i) Un diálogo efectivo con las personas y comunidades desplazadas sobre asuntos de justicia incluso antes del retorno o reubicación, a efectos de asegurar la participación política de los desplazados en cualquier proceso. Esto es particularmente importante para lograr que cualquier acuerdo de

¹⁸ *Ibidem*, p. 2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁰ Brookings-Bern Project on Internal Displacement, *supra* nota 3, citando los Informes del 2004 y 2011 del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, los Principios Pinheiro sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas y el Marco del Comité Permanente Inteligencia de las NN.UU. sobre Soluciones Duraderas para Desplazados Internos [UN Inter-Agency Standing Committee's (IASC) 2010 Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons]; Véase también, Andrew Solomon, 'An African Solution to Internal Displacement: AU Leaders Agree to Landmark Convention,' Brookings-Bern Project on Internal Displacement briefing (23 de octubre de 2009).

- paz incorpore las necesidades de los desplazados y no se limite a las negociaciones de la élite de un país, que pueden cesar una guerra pero no poseen legitimidad suficiente para sostener una paz durable.²¹
- ii) Los procesos penales para investigar y sancionar a los autores intelectuales y materiales de causar el desplazamiento forzado. Cabe resaltar que estos procesos penales pueden ser uno de los aspectos de justicia transicional más difíciles, sin embargo, las investigaciones deben ser eficaces y de buena fe. Más específicamente, los Estados deben remover todos los obstáculos, tanto de *facto* y de *jure*, que mantienen la impunidad en los casos, utilizando todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial, con personal suficientemente capacitado y otorgando las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas y familiares, entre otros.
 - iii) Programas de reparación y restitución que incluyen elementos tanto materiales como simbólicos para población desplazada (incluyendo actos de desagravio).
 - iv) Comisiones de la verdad que buscan investigar e informar sobre periodos de abuso a los derechos humanos tal como el desplazamiento forzado. Las comisiones de la verdad pueden reducir tensiones entre los desplazados internos y la sociedad en general. Asimismo, pueden ser necesarias para que la sociedad acepte a los autores materiales de bajo rango de las violaciones, en su caso. Colombia y Siria han sido ejemplos de los países que han logrado generar los primeros pasos a efectos de posibles comisiones

²¹ DUTHIE, R. y SEILS, P., *op. cit.*, p. 2.

de la verdad. Las Comisiones de la Verdad en Liberia, Sierra Leona, Timor-Leste, y Guatemala han delineado el papel del desplazamiento en el conflicto, así como el sufrimiento y estigma que sufrieron los desplazados.²²

- v) Programas de restitución y reparación para devolverles a los desplazados sus hogares, tierras y propiedades. Esta es una medida de reparación que se puede abordar posconflicto o inclusive durante el conflicto. Sin embargo, es importante lograr la participación política de las víctimas de desplazamiento forzado para asegurar que los programas cumplen con sus necesidades de justicia.
- vi) Reformas legislativas para transformar a las fuerzas armadas, la policía y la judicatura que fueron responsables por el desplazamiento forzado en tiempos de conflicto.²³ Esta reforma es necesaria para garantizar la protección de las víctimas de desplazamiento forzado y asegurar que no sean recurrentes los abusos que han sucedido en un conflicto.²⁴

Cabe recalcar que la experiencia del desplazamiento forzado de mujeres, niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y hombres es muy diferente. Por tanto, debe implementarse una estrategia diferenciada y transversal que considere el género de las personas desplazadas e implemente políticas acorde al mismo.²⁵

²² *Ibidem*, p. 4.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 6.

2. La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de desplazamiento forzado y su relevancia para guiar procesos de justicia transicional

2.1 Marco jurídico: el artículo 22 de la Convención Americana

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia bastante rica en el tema de desplazamiento forzado. En particular, la Corte IDH califica el desplazamiento forzado principalmente como una violación a la libertad de circulación consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana. Para darle contenido y alcance al artículo 22 de la Convención Americana, la Corte se refiere a los mentados Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, los cuales definen que “se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia”.²⁶

No obstante, la Corte IDH señala que el desplazamiento es una violación múltiple. Por tanto, además de la violación al artículo 22 de la Convención Americana, el desplazamiento forzado involucra violaciones al derecho a la integridad personal (artículo 5), al derecho de protección de la familia (artículo 17), y a los de vida privada y propiedad (artículos 11 y 21). Las violaciones múltiples de derechos humanos son

²⁶ Véase Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 140. Véase también, Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 173.

aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que continúa por la voluntad del autor y por el tiempo que subsiste el estado antijurídico creado por el mismo.²⁷ En este sentido, la Corte dispone en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, que

la situación de desplazamiento forzado interno que han enfrentado los familiares de las víctimas no puede ser desvinculada de las otras violaciones declaradas en la presente Sentencia. Las circunstancias del presente caso y la especial y compleja situación de vulnerabilidad que afecta a dichas personas, incluyen pero trascienden el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la Convención.²⁸

La Corte continúa explicando la complejidad del fenómeno del desplazamiento forzado, mismo que pone a las víctimas en una situación de vulnerabilidad acentuada, al desvincularlas no solamente de sus hogares, sino también de sus comunidades, gobiernos y sus fuentes de sustento, a saber

En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a dichas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados como sujetos de derechos humanos, su situación puede ser entendida como una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto de personas que se encuentren en situaciones seme-

²⁷ APONTE CARDONA, A., *art. cit.*, p. 113.

²⁸ Véase Corte IDH. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 186.

jantes. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión social, que se presenta en el contexto histórico específico del conflicto armado interno en Colombia, y conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de los desplazados a los recursos públicos administrados por el Estado. Dicha condición es reproducida por prejuicios culturales que dificultan la integración de los desplazados a la sociedad y pueden llevar a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.²⁹

Asimismo, la Corte IDH determina que el desplazamiento forzado es una violación continua³⁰ de derechos humanos, factor de especial relevancia en tanto que puede dar pie a responsabilidad estatal por violaciones que sucedieron aún previo al reconocimiento de la competencia de la Corte, cuando dicha violación continúa. Esto se vio en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*,³¹ en el que los miembros de esta comunidad fueron desplazados al interior del país o como refugiados afuera del mismo.

2.2 Las jurisprudencia de la Corte IDH sobre el deber de respetar y garantizar los derechos vulnerados por un desplazamiento forzado.

Los Estados Parte tienen obligaciones de respetar y garantizar el goce de los derechos humanos en su jurisdicción. La obligación de respetar requiere el cumplimiento “di-

²⁹ *Ibidem*, párr. 177.

³⁰ Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 108.

³¹ *Ibidem*; véase también Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 178.

recto con la norma establecida, absteniéndose de actuar o dando una prestación.”³² En este aspecto, según Gros Espiell, la obligación es de “no violar, directa o indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidas en la Convención, misma que implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental de manera que no se impida el libre y pleno ejercicio de los derechos”.³³

La segunda obligación es de garantizar, y requiere que un Estado organice todo su aparato gubernamental a efectos de que sea “capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos”.³⁴ La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de este deber, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos de la Convención Americana, procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.³⁵

2.2.1 El deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos

En su primer caso de desplazamiento forzado, la Corte IDH en *Comunidad Moiwana vs. Surinam* falló sobre los hechos acaecidos el 29 de noviembre de 1986 en el Estado demandado, cuando se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana. En este caso, los agentes del Estado y sus colaboradores asesinaron a varios miembros de la

³² Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Convención Americana sobre Derechos Humanos, versión comentada, p. 49. Disponible en: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/39990/>, última visita 3 de octubre de 2016.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

comunidad, al tiempo que quemaron y destruyeron sus propiedades, forzando así a algunos sobrevivientes a desplazarse internamente. Este caso aún forma la base del deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas, pues el tribunal estableció que “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”.³⁶ Nuevamente la Corte hace referencia a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno. La Corte señala que el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye:

- a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en éste y escoger su lugar de residencia; y
- b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.³⁷

Sobre esa base, la Corte IDH expresó que el Estado demandado no había establecido las condiciones ni provisto los medios para que los miembros de la comunidad regresaran voluntariamente a sus tierras, en forma segura y con dignidad. Cabe recalcar que el Estado violó su deber de organizar todo el aparato gubernamental de manera que no se impida el libre y pleno ejercicio de los derechos, según se ha anotado anteriormente.

³⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 108; Véase también, *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115; ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27 de 2 de noviembre de 1999.

³⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 108 citado en APONTE CARDONA, Alejandro, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Sistema interamericano y derecho penal interno hacia una confluencia racional y consistente de diversos ámbitos de protección de derechos humanos*, 2011, p. 83.

2.2.2 El deber de investigar y sancionar a los responsables por los desplazamientos forzados

La Corte IDH también manifiesta la importancia de asegurar que se investiguen y sancionen los crímenes de lesa humanidad. Así, las políticas intencionales de desplazamiento forzado han sido calificadas como un delito de lesa humanidad. Sobre esta categoría de crímenes, la Corte Interamericana ha citado al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en el siguiente sentido:

Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.³⁸

La Corte ha establecido que la clasificación de una violación de derechos humanos como un crimen de lesa humanidad tiene una serie de implicaciones jurídicas, con relación a la responsabilidad agravada del Estado,³⁹ las obligaciones del Estado en el

³⁸ Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105, citando al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, Sentencia 29 de noviembre de 1996, párr. 28.

³⁹ Véase Corte IDH. *Caso La Cantuta*, Sentencia de 29 de noviembre de 2004, párr. 201.

campo penal,⁴⁰ y las reparaciones eventualmente ordenadas por la Corte.⁴¹ La Corte ha establecido que los crímenes de lesa humanidad no son amnistiables:

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.⁴²

Además, la Corte ha señalado que “la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella.”⁴³ De esta manera, el deber de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad cancela todos los impedimentos internos al enjuiciamiento de los responsables.⁴⁴

Dada la gravedad especial que revisten los crímenes de lesa humanidad, la Honorable Corte ha reconocido la necesidad de adecuar las medidas de no repetición al impacto de dichos crímenes. En este sentido, el Juez A. A. Cançado Trindade ha señalado que los crímenes de lesa humanidad son:

Organizados y planificados por el Estado, en sus más altos escalones, los crímenes de Estado son ejecutados por muchos individuos en cumplimiento de una política

⁴⁰ Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 151-52.

⁴¹ Véase Corte IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 46, párr. 202.

⁴² Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*, *supra* nota 40, párr. 114.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Véase Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs.

criminal del Estado en cuestión, constituyendo verdaderos crímenes de Estado [...] De ahí la importancia de su prevención, dada su especial gravedad, así como de la garantía de su no-repetición.⁴⁵

Para que los Estados cumplan con su obligación de garantizar los derechos, los procedimientos internos deben comprender recursos efectivos para asegurar el acceso a la justicia por parte de las víctimas y para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos dentro de un plazo razonable.⁴⁶ Este deber también aplica a casos de desplazamiento forzado.⁴⁷ Desde que la Corte IDH abordó el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia* señaló que la falta de investigar las violaciones de derechos humanos está inextricablemente vinculada con la comisión de las mismas.⁴⁸ El acceso a la justicia además implica que la investigación por parte del Estado abarque la totalidad de los hechos y de los responsables –autores materiales e intelectuales, cómplices y encubridores– de las violaciones de derechos humanos.⁴⁹ Incluso esta obligación implica a la investigación y sanción “de las personas cuya colaboración y aquiescencia hizo posible la comisión [de la violación de derechos

⁴⁵ Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*, Voto Razonado de A. A. Cançado Trindade, párr. 26

⁴⁶ Véase Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 436.

⁴⁷ Véase, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 313.

⁴⁸ APONTE CARDONA, A., supra nota 9, p. 84, citando a la Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas, § 241. “Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con los violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana...”

⁴⁹ *Ibidem*.

humanos]”.⁵⁰ La Corte señala que es necesaria una investigación y proceso judicial efectivo, que puedan “ten[er] como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables”.⁵¹ Estos objetivos reflejan los propios objetivos de la justicia transicional, mismos que están dirigidos a lograr el reconocimiento de las víctimas, la promoción de la confianza cívica y el fortalecimiento del imperio de la ley.⁵²

Asimismo, cabe mencionar también que la Comisión IDH ha aludido a la necesidad de una investigación y sanción como medidas de justicia transicional en el *Caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, en que la Comisión IDH enfatizó la necesidad de investigar y sancionar a los responsables por desplazamientos forzados para lograr la reconciliación del pueblo maya afectado. En este aspecto, la Comisión IDH dispuso que,

para los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez la justicia es crucial para la reconciliación, la recomposición del tejido social y el proceso de dignificación del pueblo maya, a quienes por factores racistas le ha sido sistemáticamente denegada. En este sentido, la realización del derecho a la verdad y la sanción penal de los autores materiales e intelectuales de la masacre constituye una medida indispensable para garantizar que hechos tan atroces no vuelvan a ocurrir;⁵³

En los casos de desplazamiento forzado, la investigación y la sanción de los responsables se revisten de particular importancia en términos de seguridad. La persecución

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 326.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² DUTHIE, R. y SEILS, P., *op. cit.*, p. 2

⁵³ Comisión IDH. Informe No 31/99, Caso 11.673, *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 11 de marzo de 1999.

penal de los responsables, así como la reforma del sector de seguridad facilita la reintegración de las víctimas y en el corto plazo, permite que las víctimas sean protegidas, al retirar a los individuos responsables de la policía, las fuerzas militares y el sistema judicial.⁵⁴

2.2.3 *El derecho a la verdad para víctimas de desplazamiento forzado*

Si bien, la Corte Interamericana no tiene la autoridad para implementar Comisiones de Verdad en países que atraviesan o han atravesado por conflictos o por un gobierno represivo, es importante subrayar en este aspecto la jurisprudencia progresiva sobre el derecho a la verdad desarrollada por la misma Corte. La Corte Interamericana ha señalado que no buscar la verdad, ya sea como consecuencia de impedimentos legales, de las condiciones generales del país o de las circunstancias específicas del caso, constituye una violación de los derechos establecidos en los artículos 8 y 25.⁵⁵ Asimismo, subraya “la importancia de la determinación de la verdad con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos para la consolidación de los procesos de paz y reconciliación”.⁵⁶ Sería interesante si en el futuro la Corte IDH indicara la

⁵⁴ DUTHIE, R. y SEILS, P., *op. cit.*, p. 4. Véase también, Brookings-Bern Project on Internal Displacement, Transitional Justice and Displacement: Challenges and Recommendations, June 2012, p. 1. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/506158102.html> [última visita 1 de octubre de 2016].

⁵⁵ Véase Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27(2), 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva de la Corte IDH. OC-9/87, 6 de octubre de 1987, párr. 24. Véase también, Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 169-70 (1999) (decidiendo que la investigación de la desaparición, tortura, y asesinato de cinco niños guatemaltecos fue desempeñada de modo inadecuado y declarando una violación del derecho a la protección judicial).

⁵⁶ Caso IDH. *Caso José Miguel Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 298.

necesidad de las víctimas de desplazamiento forzado por conocer la verdad de los hechos que sucedieron para llevar a su desplazamiento forzado.

No obstante, cabe recalcar el *Caso José Miguel Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala* como un ejemplo de la intervención de la Corte IDH en casos que involucran una Comisión de la Verdad.⁵⁷ Aquí, la Corte indicó que el Acuerdo de Paz que Guatemala firmó “reconoc[ió] el derecho [...] de toda sociedad a conocer la verdad” y por tanto, estableció la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) con el fin de “[e]sclarecer [...] las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca”, vinculados al enfrentamiento armado.⁵⁸ Ante la negativa de las fuerzas armadas del Ejército de ofrecer la información relevante, misma que obstruyó los esfuerzos de la CEH, la Corte subrayó, que

los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad. Aun cuando estas comisiones no sustituyan la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen.⁵⁹

⁵⁷ Este caso se relaciona con la desaparición forzada de 27 individuos y el consecuente sufrimiento de un centenar de sus familiares, durante más de veinte años de incertidumbre sobre su paradero. El caso también involucra el desplazamiento forzado de varios de los familiares de las víctimas de desaparición forzada.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 299.

Por tanto, aunque las comisiones de la verdad no son sustitutos para la investigación y sanción de los autores intelectuales y materiales de violaciones a los derechos humanos, son útiles desde una perspectiva de justicia transicional, para lograr que las sociedades obtengan los objetivos de reconocimiento a las víctimas de desplazamiento forzado, participación cívica y reconstrucción.

2.2.4 El deber de reparar

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 63(1) que “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

Con base en el mencionado artículo, la jurisprudencia constante de la Corte IDH ha desarrollado el principio sobre la responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y el consecuente deber de reparar adecuadamente a las víctimas. Este principio internacional, que comprende la obligación de reparar contenida en la Convención, es vinculante para los Estados partes.⁶⁰

⁶⁰ Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente... El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad del Estado. Al producirse un hecho internacionalmente ilícito imputable a

En términos generales, las medidas de reparación tienen como objeto fundamental el proporcionar a las víctimas y a sus familiares la “*restituido in integran* de los daños causados.”⁶¹ En ese sentido, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para garantizar los derechos conculcados,⁶² evitar nuevas violaciones de derechos, reparar y hacer cesar las consecuencias de las violaciones de derechos humanos.⁶³ Todos los daños derivados de la violación de cualquier obligación internacional asumida por los Estados requieren, siempre que sea posible, el restablecimiento de la situación anterior a la violación (*restituido in integran*),⁶⁴ y cuando no lo es, los Estados deben adoptar medidas de compensación y satisfacción para reparar las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones, así como medidas de carácter positivo para “asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos”.⁶⁵ Las medidas de reparación pretenden que desaparezcan los efectos de las violaciones cometidas y

un Estado, surge la responsabilidad de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. Véase Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Reparaciones) Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 52; *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43, citando, *inter alia*, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párr. 23, *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14 (citando, *inter alia*, “Factory at Chorzów”, Jurisdiction, Judgment N° 8, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9, p. 21; y “Factory at Chorzów”, Merits, Judgment N° 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17, p. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184).

⁶¹ Véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 9, párr. 27.

⁶² Véase Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 296.

⁶³ Véase Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez*, supra nota 60, párr. 52 y 53.

⁶⁴ Véase Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 415.

⁶⁵ Véase Corte IDH. *Caso La Cantuta*, Sentencia de 29 de noviembre de 2004, párr. 201; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 115.

su "naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial".⁶⁶

La Corte IDH ha sido pionera en desarrollar jurisprudencia que prescribe la reparación tanto material como simbólica de las víctimas de desplazamiento forzado.⁶⁷ Según se anota anteriormente, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado, mismos que constituyen un referente para la Corte IDH.⁶⁸ ofrecen un mayor detalle respecto a la reparación integral específica para las víctimas de desplazamiento forzado. En este sentido, la Corte IDH ha establecido jurisprudencia sobre el tema que puede tomarse en cuenta al planificar un proceso de justicia transicional efectivo, en casos que involucran dictaduras o conflictos internos en Surinam, Guatemala, Perú y Colombia.⁶⁹

2.2.4.1 Presunción del daño material

En casos de desplazamiento forzado, la Corte IDH enfatiza que debe presumirse el daño material, por tanto, facilita la prueba a las víctimas. Esto precisamente se determinó en el *Caso Moiwana vs. Surinam*, en el que,

⁶⁶ Véase Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 144.

⁶⁷ Brookings-Bern Project on Internal Displacement, Transitional Justice and Displacement: Challenges and Recommendations, June 2012, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/506158102.html> [última visita 29 de septiembre de 2016] (señalando que han habido pocos ejemplos de programas de reparaciones que ofrezcan beneficios directamente a los desplazados).

⁶⁸ Véase Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Sentencia de 25 de mayo de 2010 (señalando que el Tribunal ha considerado que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas resultan particularmente relevantes para determinar el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención Americana).

⁶⁹ DUTHIE, R. y SEILS, P., *op. cit.*, p. 3.

185. Los hechos probados indican que los miembros de la comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y se han encontrado en situación de desplazamiento continuo, en la Guyana Francesa o en otras partes de Surinam [...]. Asimismo, han sufrido pobreza y privaciones desde su huida de la aldea de Moiwana, dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se ha visto limitada drásticamente [...].

186. La Corte, tomando en cuenta, *inter alia*, las circunstancias del caso y la existencia de base suficiente para presumir daño material (...) ⁷⁰ (El subrayado es nuestro).

Cabe tomar esto en cuenta en materia probatoria para cualquier reparación administrativa o judicial, pues en estos casos, para las víctimas es difícil recabar la información documental necesaria para probar el daño sufrido. La mayoría de los materiales probatorios serían seguramente declaraciones testimoniales, a las que debe dárseles mayor peso en uno de estos casos.

2.2.4.2 Obligación del Estado de garantizar el retorno de las personas desplazadas en condiciones voluntarias, seguras y dignas.

Como medida de reparación, según lo declara el Principio 28 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre la Desaparición Forzada, el Estado debe establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o que faciliten el reasentamiento fuera de su país. Asimismo, cualquier retorno debe ser en condiciones de seguridad y dignidad,

⁷⁰ Véase Corte IDH. *Caso Moiwana vs. Surinam*, supra nota 30, párr. 185-186.

con la participación de las víctimas y de manera voluntaria.⁷¹ La jurisprudencia de la Corte IDH es rica en su desarrollo de las medidas de reparación por las violaciones de derechos humanos, incluyendo el desplazamiento forzado, tal como se indica abajo.

2.2.4.3 Los programas de vivienda, desarrollo y restitución de tierras como reparación.

Entre las medidas de reparación otorgadas por la Corte se encuentran los programas de vivienda.⁷² En los casos de la *Masacre Plan de Sánchez* y el de *Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, la Corte ordenó a los Estados de Guatemala y Colombia reparar a cada individuo víctima de desplazamiento forzado mediante un programa habitacional en el cual se provea a las víctimas de vivienda adecuada, haciendo alusión al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁷³ Asimismo, los programas de vivienda deben ser complementados con programas de desarrollo que incluyan la salud,⁷⁴ la educación,⁷⁵ la producción e infraestructura,⁷⁶ y restitución de tierras.⁷⁷

⁷¹ Principio 28.2 de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado.

⁷² Véase Corte IDH. *Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004; véase también, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006 y *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

⁷³ *Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 105 y *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 346.

⁷⁴ *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013

⁷⁵ *Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 105 y *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 346.

⁷⁶ *Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 106.

2.2.4.4 Condiciones de retorno seguras y dignas.

Los Principios prescriben que el Estado debe garantizar que los retornos sean voluntarios y en condiciones seguras y dignas. Las disposiciones de la Corte IDH le han asignado al Estado grandes responsabilidades para garantizar la participación en el retorno seguro y digno de las víctimas de desplazamiento forzado. Al respecto, debe recalcar que la Corte ha adoptado un enfoque de diversidad cuando aborda el retorno de pueblos y comunidades étnicos.

En las *Medidas Provisionales del Asunto Pueblo Indígena Kafkiano respecto de Colombia*, la Corte IDH subrayó que el Estado tenía la obligación de "garanti[zar] las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas del pueblo indígena Kafkiano, así como que quienes se hayan visto forzadas a desplazarse a otras regiones, puedan regresar a sus hogares si lo desean".⁷⁸

De igual manera, según lo reitera el Principio 28(2) de los Principios Rectores de Desplazamiento Forzado es necesaria la participación de las víctimas para lograr una efectiva restitución. En el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH indica que es necesario que Guatemala, "*prove[er] las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración*". (El subrayado es nuestro).

⁷⁷ *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

⁷⁸ Resolución de 5 de julio de 2004, Punto Resolutivo 3.

En el *Caso Moiwana*, la Corte IDH respetó la costumbre de la comunidad Moiwana, cuando la comunidad reportó que sin haber realizado ceremonias mortuorias ritualistas de su comunidad, un retorno al lugar donde sucedieron los hechos podría hacer que se enfermasen los miembros de la comunidad”.⁷⁹ En vista de sus creencias, la Corte clasificó las mismas como daño inmaterial que debía repararse. En este sentido, es importante que las medidas de justicia transicional adopten un enfoque de diversidad, además de un enfoque de género según se ha mencionado anteriormente.

En cuanto a la protección física, según la Corte, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las víctimas, diseñando formas de protección junto con los destinatarios de las medidas.⁸⁰ En el *Caso de la Masacre de Mapiripán*, la Corte dispuso que “el Estado tiene la obligación de disponer todas las medidas que sean necesarias para que la población pueda regresar de manera segura a los territorios de los cuales fue desplazada.” (El subrayado es nuestro). En este caso, la Corte manifestó que era consciente de que los miembros de esta comunidad tenían temor de regresar a causa de posibles amenazas de los paramilitares. En el momento en que los ex habitantes decidan regresar a Mapiripán, el Estado deberá garantizarles su seguridad. A tales efectos, la Corte dispuso que “el Estado deberá enviar representantes oficiales cada mes a Mapiripán durante el primer año, para verificar el orden y realizar consultas con los residentes del pueblo”.⁸¹

⁷⁹ Comunidad Moiwana, párr. 113

⁸⁰ *Ibidem*. Véase también, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 275.

⁸¹ *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 313.

2.2.4.5. Relación con programas de reparación internos

Cabe mencionar que la Corte IDH reconoce los esfuerzos internos de los países para adoptar medidas de justicia transicional ellos mismos. En este sentido, cabe examinar las sentencias de la Corte IDH en casos de desplazamiento en Colombia, misma que ha desarrollado su propia Ley de Víctimas (Decreto 635 de 2011, “[p]or el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras...”).⁸² En este caso, la Corte IDH señaló que “en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación”. Al respecto, la Corte razonó que el principio de complementariedad del derecho internacional obliga a la Corte a reconocer la indemnización que se dispuso internamente y, por tanto, se limitó a disponer que las víctimas reciban un acceso prioritario al mentado programa de reparación en este caso.⁸³

3. Conclusiones

La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de desplazamiento es una guía para los Estados a la hora de diseñar políticas de justicia transicional relacionadas a despla-

⁸² Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

⁸³ *Ibídem*, párr. 475.

zados forzados. A través de su jurisprudencia, la Corte Interamericana no sólo ha recurrido a los Principios de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado a fin de interpretar el fenómeno, sino que también ha proporcionado lineamientos o guías para que los Estados de la región sigan al momento de diseñar políticas de justicia transicional relacionados a víctimas de desplazamiento forzado. En ese sentido, la Corte reconoce y resalta la importancia de que se aborde el desplazamiento forzado de manera efectiva en cualquier proceso de justicia transicional desde distintas modalidades, ofreciendo de igual forma lineamientos sobre aspectos básicos de la justicia transicional vinculados al desplazamiento forzado, tales como: procesos esclarecimiento de la verdad, sobre reparaciones (incluyendo la restitución de tierras), sobre el procesamiento penal de los responsables del desplazamiento forzado o sobre las reformas institucionales a fin de evitar el desplazamiento forzado en el futuro.

EL DERECHO A LA JUSTICIA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL. DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Ethel Nataly Castellanos Morales*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Generalidades de la justicia transicional y el derecho a la justicia; 3. El derecho a la justicia en el SIDH; 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la justicia en escenarios de justicia transicional; 5. Reflexiones finales; 6. Bibliografía.

RESUMEN: Los recientes acuerdos de paz en Colombia y las tensiones de la justicia transicional plantean múltiples interrogantes. Uno de los más complejos se refiere a los mínimos del derecho a la justicia para las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario. Los estándares que la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) han reconocido en la materia han configurado un enriquecedor diálogo jurisprudencial. En este texto pretendo determinar las subreglas sobre el derecho a la justicia incorporadas en la jurisprudencia de estos tribunales en materia de derecho a la justicia a fin de plantear líneas de debate en la materia en el escenario transicional colombiano. Mi tesis es que existe un diálogo fluido sobre las categorías del derecho a la justicia en el marco de la justicia transicional entre la Corte IDH y la Corte Constitucional colombiana y esta interacción ha generado unos estándares que no pueden soslayarse

* Candidata a doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. IJ-UNAM bajo la tutoría del Dr. Eduardo Ferrer MacGregor. Magistrada auxiliar en la Corte Constitucional de Colombia. Contacto: *natalycas@gmail.com*

en la implementación de los acuerdos de paz, pero tampoco son inamovibles, pues como toda transición, deberá hacerse un análisis que tome en consideración aspectos jurídicos, éticos y políticos.

Palabras clave: justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso de paz, Colombia, jurisprudencia.

1. Introducción

Los recientes acuerdos de paz en Colombia y las tensiones de la justicia transicional plantean múltiples interrogantes. Uno de los más complejos e interesantes surge al preguntarse acerca de los mínimos del derecho a la justicia¹ para las víctimas de violaciones a los derechos humanos –en adelante DDHH– y al Derecho internacional humanitario –en adelante DIH– en el marco de este proceso. Las dudas son enormes si se consideran los estándares que el poder judicial colombiano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han reconocido en la materia, especialmente si se tiene en cuenta que el enriquecedor diálogo jurisprudencial entre estas dos esferas ha sido indiscutible.²

¹ El derecho a la justicia lo entenderé como verdad, justicia y reparación con todos sus elementos específicos.

² Esto puede constatarse en las referencias que hace la Corte IDH a la Corte Constitucional colombiana y viceversa. La página web de la Relatoría de la Corte Constitucional arroja 122 registros con citación a la Corte IDH a la Corte Constitucional. Corte Constitucional de Colombia, Relatoría, Consultable en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> (5 de Septiembre de 2016). Por su parte, la citación de sentencias de la Corte Constitucional colombiana en casos de la Corte IDH puede verse en casos variados, en el tema de desplazamiento forzado se pueden citar los siguientes casos contenciosos: *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1o. de julio de 2006, párr. 207, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 219. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. 188, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr.

Es plausible considerar que los mínimos del derecho a la justicia podrían suponer límites relevantes en la implementación de los acuerdos de paz, pero también es lógico sostener que no deben convertirse en una camisa de fuerza que anule las negociaciones y los acuerdos alcanzados. En efecto, terminar con el conflicto armado interno más antiguo del hemisferio es un asunto de interés global y un objetivo loable, pero no puede anular los derechos de las víctimas, no sólo sería ilegítimo, sino que incluso podría ser contrario al Derecho.

El delicado equilibrio que debe encontrarse en este proceso de transición se enfrenta a las opiniones encontradas que caracterizan este tipo de escenarios: algunos privilegian el aspecto fáctico desde el realismo político –que podría permitir altos sacrificios en materia del derecho a la justicia para lograr la paz–; mientras que otros destacan el aspecto normativo desde posiciones jurídicas y éticas diversas³ que pretenden amparar los componentes del Derecho, incluso con perspectivas maximalistas sobre la punibilidad. En cualquier caso, las dificultades contextuales que rodean los procesos de justicia transicional siempre enfrentan al oportunismo político y sus maniobras para generar confusión y polarización, distorsiones que afectan sin duda la percepción general, y pueden minar la legitimidad de lo acordado y de su implementación.

147. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 177.

³ Sobre la complejidad de este tipo de escenarios que involucra aspectos jurídicos, éticos y políticos ver NINO, Carlos Santiago, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996.

En este texto pretendo determinar las subreglas sobre el derecho a la justicia incorporadas en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH que ha condenado a Colombia, y las subreglas de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) en materia de derecho a la justicia en escenarios transicionales a fin de plantear líneas de debate en la materia. Aunque la jurisprudencia interamericana no fue proferida en el marco de proceso de transición, sí ha condensado los elementos del derecho a la justicia, componente esencial de la justicia transicional. En efecto, el derecho a la justicia es un elemento fundamental de cualquier proceso de justicia transicional, aunque no sólo se hable de derecho a la justicia en ese tipo de escenarios, pues es un elemento central de cualquier proceso de democratización.⁴

Este objetivo se encamina a demostrar la tesis según la cual existe un diálogo fluido sobre las categorías del derecho a la justicia en el marco de la justicia transicional entre la Corte IDH y la Corte Constitucional colombiana. Esta interacción ha generado unos estándares que no pueden soslayarse en la implementación de los acuerdos de paz, pero tampoco son inamovibles; pues, como en todo escenario transicional, deberá hacerse un análisis que tome en consideración aspectos jurídicos, éticos y políticos. Aunque la Corte IDH sólo se ha pronunciado tangencial –y no directamente– sobre procesos transicionales en Colombia, sí lo ha hecho de manera detallada sobre el derecho a la justicia en casos de violaciones a los derechos humanos

⁴ Los conceptos de democratización y desdemocratización son tomados de TILLY, Charles, *Democracia*, Akal, Madrid, 2010; y corresponden a una pareja conceptual fundamental en su teoría de la democracia. La desdemocratización se refiere a rasgos y procesos que disminuyen el carácter democrático de un régimen y lo acercan a la autarquía o a otras formas políticas. Un ejemplo de una situación desdemocratizadora por excelencia sería la suspensión de elecciones libres.

que han ocurrido en el país. Este complejo derecho es un componente esencial en cualquier contexto de justicia transicional y por eso sus estándares son relevantes, aunque deben ser entendidos de acuerdo con las características excepcionales de la justicia transicional; de hecho, la misma Corte IDH ya se ha pronunciado con respecto a ese tema en otros países de la región.

Es indudable que los criterios establecidos por la Corte IDH plantean dilemas importantes frente al actual proceso de transición y se convierten en un punto de referencia para la implementación de los acuerdos de paz. Con todo, el análisis debe ser cuidadoso para lograr los equilibrios necesarios para que la paz sea estable y duradera.

Por su parte, la CCC ha construido una serie de subreglas claras frente al derecho a la justicia en el marco de la justicia transicional, y ha establecido límites indiscutibles con implicaciones normativas y políticas que deberán ser consideradas en el diseño del proceso de justicia transicional en curso. Tales criterios muestran una relación constante con la Corte IDH, interacción que no es soslayable si se tiene en cuenta la relevancia político jurídica de la entidad, el rol de sus pronunciamientos contenciosos en el sistema de fuentes en Colombia y, la competencia que eventualmente tendría en casos de violación de los derechos consagrados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) si se diera como resultado de la transición.

La importancia de estas decisiones explica que la metodología de este texto se enfoque en la reconstrucción de la dogmática del derecho a la justicia presente en la

jurisprudencia proferida por la Corte IDH sobre Colombia y la expedida por la CCC en ejercicio del control judicial de constitucionalidad⁵ con los matices propios que impone la justicia transicional, cuyos estándares son excepcionales y limitados por definición.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, este escrito (i) iniciará con una definición básica de los conceptos de justicia transicional y derecho a la justicia, (ii) formulará y aplicará una metodología de reconstrucción de tendencias jurisprudenciales en la Corte IDH y en la CCC, y (iii) planteará algunas preguntas preliminares derivadas de una aproximación inicial comparativa, para contribuir al debate sobre la implementación de los acuerdos de paz en Colombia en materia del derecho a la justicia.

2. Generalidades de la justicia transicional y el derecho a la justicia

Definir justicia transicional no ha sido una tarea pacífica⁶ pues involucra ideas complejas que son parte del objeto de estudio de diversas disciplinas, por ejemplo son

⁵ La acción pública de inconstitucionalidad es un derecho político que le asiste a los ciudadanos colombianos para demandar cualquier norma con fuerza de ley ante la Corte Constitucional por considerarla contraria a la Constitución. El proceso es informal, sus efectos son *erga omnes*. En general, la norma se declara ejecutable o inejecutable con variaciones temporales en los efectos de los fallos. También se admiten los fallos modulados en cuanto a los contenidos.

⁶ UPRIMNYEPES, Rodrigo, *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), Bogotá, 2006. ROTH-ARRIAZA, Naomi, "The New Landscape of Transitional Justice", en ROTH-ARRIAZA, Naomi y MERIEZCURRENA, Javier (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. MAGARRELL, L., y WESLEY, J., *Learning from Greensboro: Truth and Reconciliation in the United States*, University of Pennsylvania

notables los desarrollos del concepto desde la Filosofía y la Ciencia Política, aunque lógicamente también han sido parte de la reflexión jurídica. Sus orígenes conceptuales son normativos y empíricos y, en la actualidad, a fin de establecer los elementos básicos del discurso, existen definiciones operativas que reconocen los límites y zonas grises del concepto. Aunque se ha constatado la falta de claridad y contundencia para definir lo que es la justicia transicional, suele referirse a las medidas de diversa índole (judiciales, políticas y en ocasiones sociales y económicas) que los Estados utilizan para superar las violaciones masivas a los Derechos Humanos o al Derecho internacional humanitario. Estas acciones se materializan en múltiples disposiciones que tienen que ver con variadas esferas sociales según las necesidades y los contextos.

Por definición, el concepto de justicia transicional ha sido usado, en general, para circunstancias extremas que siempre implican una pretensión de democratización cualificada. Con todo, el derecho a la justicia no puede ser considerado un tópico que sólo opere bajo esos contextos. Esta claridad no es de poca monta, pues la justicia transicional debe ser tomada como un concepto que opera bajo escenarios difíciles y de cierta polarización, bajo dilemas casi irresolubles en términos morales, jurídicos y políticos.⁷ Además, hay que reconocer que no toda la justicia transicional opera en los mismos escenarios fácticos y las particularidades son decisivas para diseñar y evaluar las medidas desde diferentes puntos de vista.

Press, Pennsylvania, 2008. UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula, *Uses and Abuses of Transitional Justice Discourse in Colombia*, International Peace Research Institute, Oslo, 2007.

⁷ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*

Admitir el carácter excepcional de la idea de justicia transicional es fundamental, pues los dilemas que ésta afronta habilitan a los Estados a restringir ciertos derechos en favor de otros. Una de las fórmulas más recurridas en la experiencia internacional es limitar el alcance de la sanción para privilegiar la verdad y la paz, incluso existen sacrificios totales de alguno de los componentes del derecho a la justicia.⁸

El derecho a la justicia corresponde a una amplia gama de obligaciones de diferente tipo que conforman un concepto ineludible en las discusiones de justicia transicional, aunque no sólo es relevante en esos contextos. Una noción básica que puede tomarse como punto de partida es la expuesta por Méndez⁹ que entiende este derecho como una tríada compuesta por los derechos a la verdad, a la justicia como sanción y a la reparación. El derecho a la verdad se refiere al establecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos. El derecho a la justicia como sanción consiste en la adjudicación de una pena proporcional al bien jurídico afectado con la violación. La reparación es el derecho más complejo y mejor elaborado de los tres; pretende recrear las condiciones previas a la violación, en cuanto sea posible (restitución), resarcir económicamente el daño (indemnización), apoyar a las víctimas en la recuperación de las afecciones físicas o psicológicas que resultaron de la violación (rehabilitación), promover la recuperación del honor y la dignidad de

⁸ CASTELLANOS, Ethel Nataly, *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de Propuestas desde un Análisis Comparado*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Bogotá, 2008.

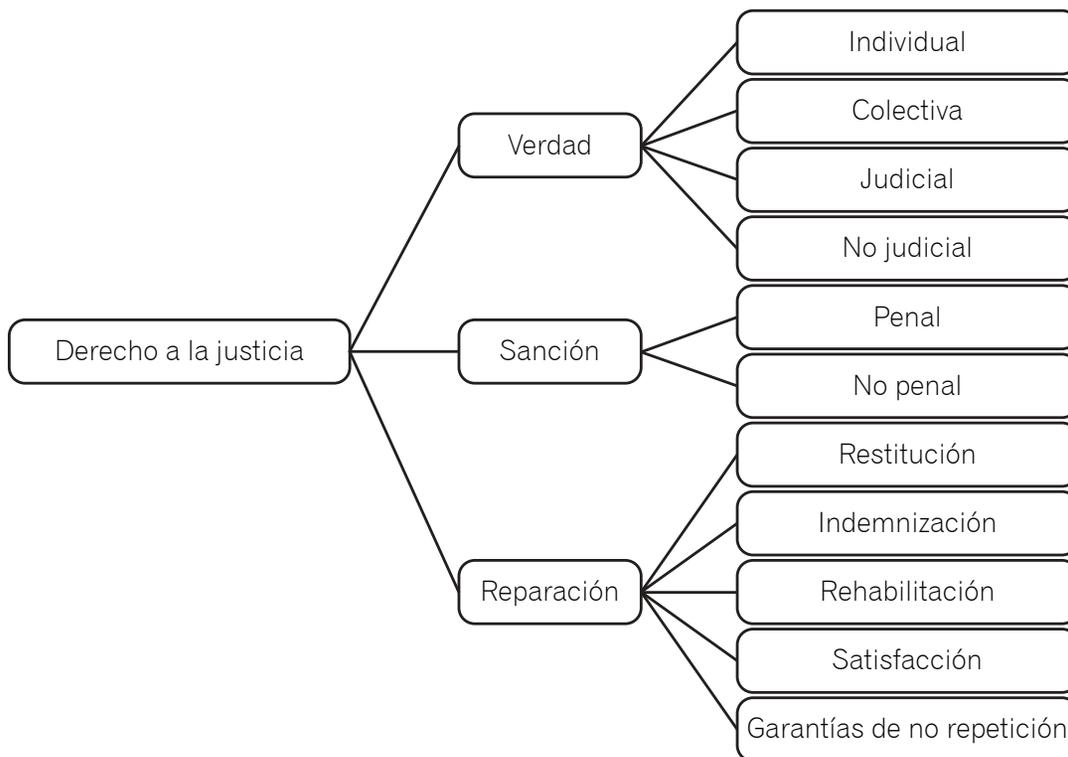
⁹ MÉNDEZ, Juan, "Accountability For Past Abuses", *Human Rights Quarterly*, núm. 19, 1997, pp.

las víctimas (satisfacción) y tratar de evitar que hechos similares se repitan (garantías de no repetición).

No obstante, la discusión sobre el tema tiene cada vez mayor complejidad y mayores detalles dogmáticos que afinar. Por eso, cada uno de estos tres componentes iniciales resiste análisis en diferentes dimensiones –individuales y colectivos– y contiene diversos elementos que, para un sector de la doctrina, ya tienen entidad propia. Tal es el caso de las garantías de no repetición, que para algunos hace parte de la reparación, pero para otros se trata de un cuarto elemento del derecho a la justicia.¹⁰ De conformidad con ello, un diagrama general del derecho a la justicia y sus elementos podría ser el siguiente:

¹⁰ Así fue adoptado cuando la Organización de Naciones Unidas estableció una relatoría especial sobre el tema.

Ilustración 1. El derecho a la justicia



Fuente: elaboración propia.

El origen de la idea del derecho a la justicia puede rastrearse desde los juicios de Núremberg y la búsqueda de castigo en casos graves de violaciones a derechos humanos ejecutadas por regímenes represores, es decir, intentos cualificados de democratización propios de la transición. En los últimos tiempos, la mayoría de la literatura

sobre la materia se refiere a los momentos posteriores a procesos dictatoriales, en especial en América Latina, África y Europa del Este. El desarrollo paralelo de la teoría de la justicia transicional y el derecho a la justicia explica que este último se haya asociado con las transiciones y por eso las discusiones alrededor de este concepto involucran aspectos éticos, políticos y jurídicos propios de escenarios excepcionales, y se analizan restricciones con base en su interacción, tal como lo hace la transición misma.¹¹ Sin embargo, los nuevos patrones de democratización y desdemocratización hacen que no toda transición se refiera a la superación de un régimen dictatorial o represivo en el sentido clásico del término.

El vínculo evolutivo y conceptual de la justicia transicional con el derecho a la justicia es fácilmente determinable, tal como lo afirma Park¹² la genealogía del derecho a la verdad se ha desarrollado a la par con la de la justicia transicional. De manera similar ocurrió con el derecho a la sanción y con el derecho a la reparación. Considero que esa puede ser una de las razones principales por las que se asocian la verdad y el derecho a la justicia con la justicia transicional. Sin embargo, creo que son elementos que no necesariamente coexisten siempre, pues los debates sobre el derecho a la justicia van más allá de la justicia transicional.

Si bien en cualquier proceso de justicia transicional se discute sobre el derecho a la justicia, no toda discusión sobre el derecho a la justicia se da en el marco de la

¹¹ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*

¹² PARK, Gloria, "Truth as Justice. Legal and Extralegal Development of the Right of Truth", *Harvard International Review*, invierno, 2010, pp. 24-27.

justicia transicional. Tanto conceptual como fácticamente, es posible constatar que el derecho a la justicia es discutido también en el marco de procesos de democratización importantes –democracias deficitarias que formalmente son representativas– que no necesariamente acuden a la justicia transicional. También es una categoría recurrida en casos específicos en los que un Estado ha incurrido en alguna violación aislada sin que se trate de la ejecución de una política sistemática de desdemocratización.

Un ejemplo del estudio detallado del derecho a la justicia en un escenario no transicional podrá verse en los casos contenciosos en los que la Corte IDH ha condenado al Estado colombiano. Estas sentencias se refieren a hechos que se presentaron en el marco de un conflicto armado interno pero no de un proceso de justicia transicional. Sin embargo, resultan relevantes para efectos de reconstruir la conceptualización del derecho a la justicia. En efecto, se trata de un estándar más alto de exigencia, pues no fueron análisis propios de una transición, pero considero que se trata de un punto de partida válido y garantista. En mi opinión, lo propio de la justicia transicional es considerar diversos aspectos para lograr los difíciles equilibrios que permitan la paz y por eso es apropiado iniciar los debates con puntos de partida amplios y no con los más restrictivos.

La justicia concebida de esta forma encuentra su opuesto conceptual en la idea de impunidad.¹³ No obstante, la definición de impunidad no es estática, cada vez tiende

¹³ Entenderé la impunidad de conformidad con el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad según el cual "Por impunidad se entiende

a abarcar más elementos relacionados con la verdad (o también llamada el derecho a saber), la justicia como sanción penal o disciplinaria y la reparación (entendida como indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición)¹⁴ en clara relación con la evolución del derecho a la justicia.

Este enfoque en la impunidad como la denegación de justicia por parte del Estado, requiere aclarar que mi idea no pretende limitar la responsabilidad estatal sólo al ámbito clásico. En efecto, los distintos escenarios de responsabilidad estatales deben ser considerados para comprender de qué manera se tratará el derecho a la justicia como respuesta a la impunidad, especialmente en procesos de transición como el colombiano.

En efecto, la impunidad, entendida como violación del derecho a la justicia tomado como un derecho complejo, puede ser el resultado de acciones u omisiones estatales, ya sea una violación derivada de otra o como una violación autónoma. De esta manera podría operar cualquiera de los siguientes supuestos de responsabilidad internacional:

la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas". Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad*, 2005.

¹⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El Concepto de Impunidad a la Luz del Derecho internacional: Una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 24, 2012, pp. 1-31, http://eprints.ucm.es/17512/1/Articulo_REEI-Concepto_de_impunidad.pdf (octubre de 2013).

1. Violaciones cometidas por agentes del Estado actuando en capacidad oficial;
2. Violaciones cometidas por particulares actuando bajo el control o la aquiescencia estatales;
3. Actos *ultra vires* del Estado;
4. Falta de investigación y castigo de violaciones realizadas por particulares no patrocinados directamente por el Estado.¹⁵
5. Con base en este marco conceptual general, el siguiente apartado se ocupará del Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos (SIDH) y el derecho a la justicia.

3. El derecho a la justicia en el SIDH

El Sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos representa el esfuerzo de los Estados americanos por proteger estos derechos en la región. Cuenta con múltiples instrumentos y con un gran dinamismo que le ha permitido construir valiosa jurisprudencia que ha generado debates y reflexiones importantes.

Entre los órganos del SIDH se encuentran la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La primera promueve la observancia y defensa de los derechos humanos y ostenta

¹⁵ TAYLOR, Leslie Ann, "La responsabilidad de los estados parte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, núm. 43, 2009, pp. 1-22.

funciones cuasi judiciales; la segunda tiene una función judicial y una función consultiva. En ambos casos los pronunciamientos de esta última tienen carácter vinculante, ya que su labor es interpretar y aplicar la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH)¹⁶ y los demás instrumentos del sistema como máxima instancia.

Si bien el derecho a la justicia no está expreso de manera literal en ningún tratado, la evolución del Derecho internacional ha llevado a que se consideren de una manera distinta las primeras décadas del concepto, que lo tomaban como un conjunto de principios emergentes.¹⁷ En este momento puede verse incluso como un grupo de normas de derecho consuetudinario. Independientemente de su adscripción a cualquier categoría, su carácter como fuente de derecho puede verificarse a través de la revisión de las normas y de las interpretaciones autorizadas, por tanto, su estatus no afecta su exigibilidad en sede judicial; en cualquier caso sería una fuente de Derecho internacional. En el caso del SIDH pueden encontrarse varias normas sobre el derecho a la justicia:¹⁸

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José". Artículos 1o, 2o, 8o, 25.
2. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar Tortura. Artículos 1o, 4o, 6o, 8o, 9o y 12.

¹⁶ Organización de Estados Americanos, "Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)". Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

¹⁷ MÉNDEZ, Juan, *op. cit.*

¹⁸ Organización de los Estados Americanos, *Estado Actual de las Firmas y Ratificaciones de los Tratados Interamericanos*, Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2012. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_materia.htm#DER_EHUM (enero 2013).

3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención de Belém do Pará”. Artículos 4. f., 7 y 8.
4. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Artículos I, II, III y VII.

Estas y otras disposiciones han sido interpretadas por la Corte IDH en su jurisprudencia sobre el derecho a la justicia. En el siguiente acápite me ocuparé de reseñar las tendencias jurisprudenciales en casos contenciosos contra Colombia.

3.1 La jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho a la justicia

En esta sección reconstruiré las interpretaciones autorizadas que ha hecho la Corte IDH a través de la elaboración de una línea jurisprudencial dogmática de las sentencias en las que el Estado colombiano ha sido condenado, pues las normas y decisiones internacionales constituyen fuentes obligatorias en el Derecho internacional de acuerdo con ciertos matices.¹⁹ Solamente me referiré a la jurisprudencia expedida hasta 2013, pues ha transcurrido un mínimo de tiempo que considero suficiente para que se pueda considerar jurisprudencia mínimamente consolidada.

¹⁹ HUERTA, Luis, “La Convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en Materia de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho*, núm. 7, 2006, pp. 129-184.

3.2 *La metodología de construcción de una línea jurisprudencial conceptual*

La escogencia, o elección, de las sentencias estará basada en la metodología expuesta por López.²⁰ Con todo, por tratarse de líneas jurisprudenciales dogmáticas, la propuesta de López sufrirá algunas modificaciones, pues su idea inicial no era reconstruir conceptos, sino tendencias decisorias.

Las líneas jurisprudenciales hacen explícitos los vínculos entre sentencias –la idea gráfica es poder ver una red de fallos que considere la fecha de su expedición– desde un problema jurídico común. Un problema jurídico es una pregunta, asertiva o no, que debe englobar con suficiente especificidad los hechos generales del caso, pero también debe tener la generalidad suficiente para poder incluir casos análogos. La respuesta a esta pregunta es la regla decisoria o *ratio decidendi*. Este concepto se opone al de *obiter dicta*. La *ratio decidendi* es la razón para decidir, es el argumento sin el cual el razonamiento que lleva a la decisión sería insostenible. La *ratio* puede ser enunciada como una norma jurídica cualquiera, que responde al problema jurídico. Sigue la estructura general básica de cualquier proposición normativa, sin embargo en ocasiones tiene la forma de un principio jurídico, es decir, no siempre cuenta con un supuesto fáctico y una consecuencia jurídica,²¹ además se caracteriza porque deriva de un caso judicial. Por tal razón puede ser más concreta que otro tipo de

²⁰ LÓPEZ, Diego, *El Derecho de los Jueces*, Uniandes, Bogotá, 2000.

²¹ Sobre la distinción entre reglas y principios ver ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006.

normas jurídicas pero mantiene la generalidad suficiente para aplicarse a casos semejantes.

En este caso, la línea jurisprudencial se trata de los patrones definitorios del derecho a la justicia en los casos contenciosos contra Colombia en la Corte IDH. Ya que pretendo reconstruir un concepto, los problemas jurídicos y las *rationes decidendi* se preguntan sobre las características y contenidos del derecho a la justicia y de cada uno de sus componentes. A pesar de que los conceptos que se identifiquen hayan sido usados como parte de las *rationes decidendi*, no todos estarán enunciados con la estructura de normas jurídicas. Por eso, en algunos casos se encontrarán razones para decidir que corresponden a elementos, características definitorias y otros rasgos propios de la construcción de conceptos.

Ya que la Corte IDH mantiene un esquema de citación de sus propios fallos, el mejor método para abordar su vasta jurisprudencia es a través de la selección de los últimos fallos como puntos de partida para la construcción más actualizada del estado del problema y así seguir la red de sentencias y el establecimiento de relaciones entre ellas.

No sobra reiterar que este análisis estudia jurisprudencia proferida en medio de un conflicto armado interno y bajo la sombra del crimen organizado. Por eso la CIDH ha mostrado su preocupación por las infracciones al Derecho internacional humanitario y los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las guerrillas: masacres de civiles, uso indiscriminado de minas y otros explosivos, ejecución de combatientes

fuera de combate, secuestro y tortura.²² También ha establecido que los grupos paramilitares han sido responsables de: desapariciones forzadas, masacres, ejecuciones extrajudiciales y torturas.²³ Y en tiempos recientes, a ello se suman las conductas de las BACRIM: masacres, ejecuciones, violaciones, amenazas y extorsión. En particular obran contra defensores de derechos humanos, sindicalistas, desplazados y miembros de comunidades locales²⁴ con técnicas y en regiones de anterior presencia paramilitar. Por su parte, el Estado es responsable de desplazamiento, ejecuciones extrajudiciales, denegación de justicia y de querer volver al anterior esquema de justicia militar en casos de violaciones a los derechos humanos.

Estas características son relevantes porque amplían la justificación de la selección por la que ha optado este trabajo. En efecto, aunque no se trata de jurisprudencia expedida en un momento de transición, los rasgos del derecho a la justicia son relevantes por haber sido usados y aplicados en presencia de una realidad compleja que debe ser considerada en la justicia transicional. En el marco de un conflicto como el colombiano, debe destacarse el rol del derecho a la justicia para la construcción de paz, especialmente porque muchos culpables siguen siendo parte del Estado con lo cual se envía a la ciudadanía el mensaje de que están por encima de la ley y se fomenta la justicia privada.²⁵

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, s.l.i., OEA/Ser. L/V/II.102 Doc 9 rev 1, 1999.

²³ *Ibid.*

²⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, "Herederos de los Paramilitares: la Nueva Cara de la Violencia en Colombia", Nueva York, 2010.

²⁵ TUFT, Irene, *Democracy and Violence: The Colombian Paradox*, CMI Report Series, 1997.

De hecho, en relación con los derechos a la vida, la integridad y la libertad, el informe anual de la CIDH de 2011 manifiesta como la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se refirió a un “retroceso significativo” de la colaboración de la Justicia Penal Militar con la justicia ordinaria y a la poca información sobre destituciones y traslados de algunos jueces penales militares que podrían estar motivados por su colaboración con la justicia ordinaria.²⁶ De la misma manera la Alta Comisionada se refirió a la negación de la comisión de ejecuciones extrajudiciales por parte de algunos miembros de la fuerza pública y a los ataques que soportan los miembros de la misma.²⁷ Esto resulta altamente preocupante y peligroso en la lucha contra la impunidad.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2011 de la CIDH*, s.l.i, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 2011b, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

Asimismo, la Alta Comisionada indicó:

Los miembros de la fuerza pública acusados de graves violaciones de los derechos humanos, como todas las personas, tienen derecho a todas las garantías del debido proceso. Estas garantías no parecerían cumplirse cuando los acusados de haber participado en ejecuciones extrajudiciales son representados por la llamada Defensa Militar (DEMIL). Existen indicios de que la DEMIL antepone algunos intereses institucionales de las Fuerzas Militares sobre los derechos de los procesados. Así, por ejemplo, se obstaculiza que los acusados se acojan a sentencia anticipada o realicen declaraciones individuales sobre los niveles de participación en los hechos que pudieron haber tenido otros miembros del Ejército.

Consejo de Derechos Humanos. Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia para el año 2010, 3 de febrero de 2011, A/HRC/16/22, párrs. 28 y 29. Al respecto, el Estado indicó que no se habría reducido la remisión de casos de la justicia penal militar a la justicia ordinaria y refirió a datos oficiales en el período comprendido entre el año 2008 y octubre de 2011. Adicionalmente, sostuvo que los traslados y destituciones de jueces militares dispuestos en el año 2011, habrían sido conforme a las facultades legales del artículo 26 del Decreto 1512 de 2000 y obedecido a “necesidades de servicio o a la permuta solicitada por parte de los funcionarios judiciales”. Observaciones de Colombia al Proyecto de Informe de la CIDH sobre el País correspondiente a 2011, 27 de diciembre de 2011, pág. 7.

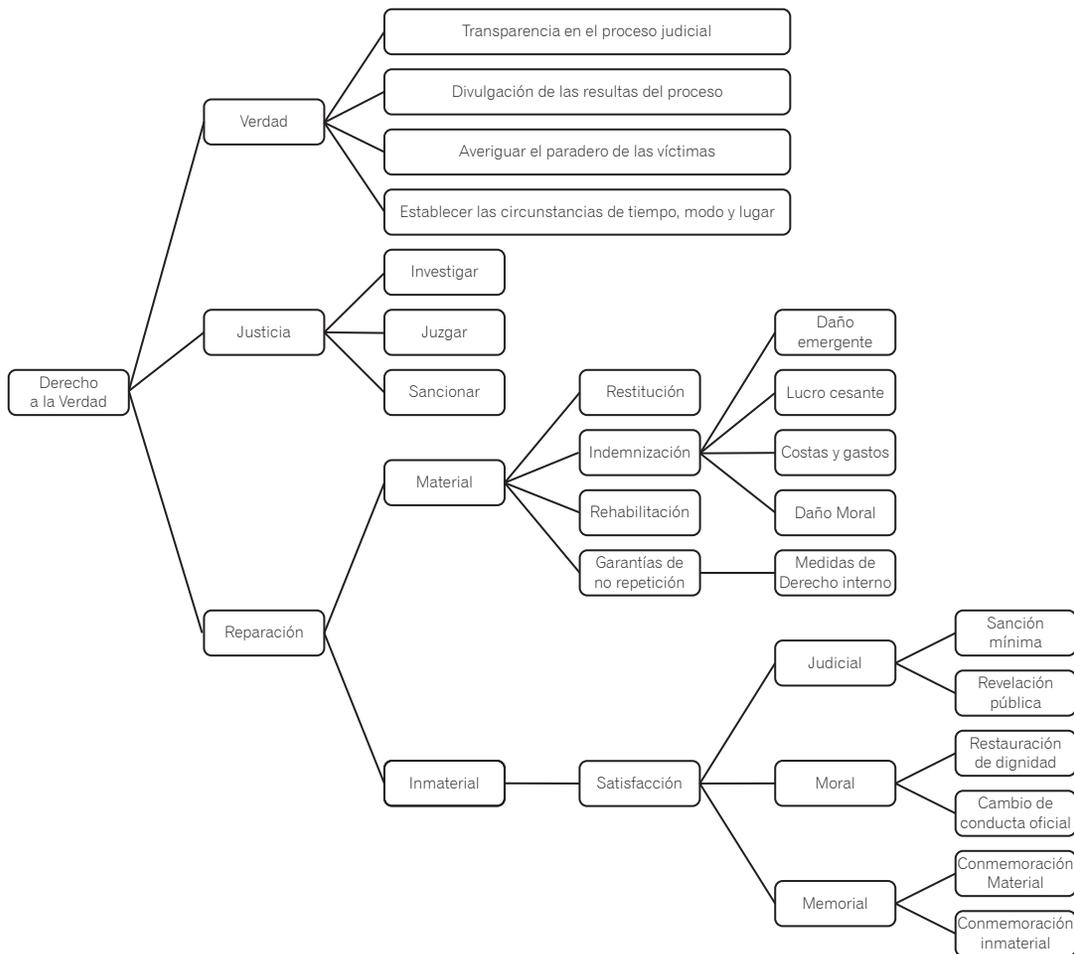
²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011 de la CIDH*, s.l.i, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 2011, p. 325. Consejo de Derechos Humanos. Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia para el año 2010, 3 de febrero de 2011.

3.3 Hallazgos sobre el manejo del derecho a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH

El análisis jurisprudencial pretende responder a la pregunta de cuáles son los elementos, características y etapas del derecho a la justicia en todas las sentencias de la Corte IDH que habían condenado al Estado colombiano hasta 2013.²⁸ Estas subreglas pueden esquematizarse en el siguiente diagrama:

²⁸ Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, sentencia de 21 de enero de 1994 (Serie C No. 17 1994); *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Serie C No 22 1995); *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero de 1997 (Serie C No 31 1997); *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Serie C No 67 2000); *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Serie C No 90 2001); *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*. Excepción Preliminar, sentencia de 12 de junio de 2002 (Serie C No 93 2002); *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2002 (Serie C No 96 2002); *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de julio de 2004 (Serie C No 109 2004); *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Excepciones preliminares, sentencia de 7 de marzo de 2005 (Serie C No 122 2005); *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (Serie C No 132 2005); *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Serie C No 134 2005); *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de enero de 2006 (Serie C No 140 2006); *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2006 (Serie C No 148 2006); *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Serie C No 163 2007); *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de julio de 2007 (Serie C No 165 2007); *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 192 2008); *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Serie C No 213 2010).

Ilustración 2



Fuente: elaboración de la autora.

Las *rationes decidendi* que explican en detalle el diagrama son las siguientes:

3.3.1 *Componente de verdad*

El deber de investigación comprende el establecimiento de las características de tiempo, modo y lugar en las que se dieron las violaciones

- a. Está prohibido que los Estados invoquen normas de Derecho interno para eludir el deber de investigar.
- b. Está prohibido que la justicia militar procese casos de violaciones a los derechos humanos porque eso anula el derecho de las víctimas a participar en la investigación.
- c. El Estado debe investigar las amenazas a las víctimas, entre otros.
- d. El estándar de una investigación adecuada debe comprender las siguientes características: iniciada de oficio, sin dilación, con seriedad, imparcialidad, efectividad, no depende de la actividad procesal de la parte afectada.
- e. La exigencia del estándar y de las etapas de la investigación debe ser más rigurosa si hay agentes estatales involucrados.
- f. La investigación debe comprender varias etapas: determinación del contexto, persecución, identificación de patrones, captura, enjuiciamiento, eventual castigo.
- g. Las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen el derecho a participar en la investigación y a conocer sus resultados. Por tanto, es obligación de los estados permitir la participación de las víctimas durante las investigaciones y darles a conocer los resultados de los procesos.

- h. El Estado debe divulgar a toda la sociedad los resultados de las investigaciones (aspecto colectivo).

Como puede observarse, el derecho a la verdad se concentra en la investigación. Sin embargo, no todo tipo de investigación es penal, pero sin duda el proceso penal es central, como se verá en la reconstrucción del derecho a la justicia. Por otra parte las dimensiones individuales y colectivas del derecho son notables y guardan una estrecha relación.

3.3.2 *Componente de justicia*

El derecho a la justicia consiste en *i)* investigar; *ii)* juzgar; y *iii)* sancionar. Las reglas generales sobre los contenidos de este derecho pueden enunciarse así:

- a. El opuesto de la justicia es la impunidad, que se define como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena.
- b. El Estado debe garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, para ello debe remover todos los obstáculos *de facto* y *de iure* que mantengan la impunidad.
- c. Un ejemplo de la impunidad *de facto* es la ausencia de “condena a penas apropiadas”.
- d. La impunidad *de jure* son los obstáculos normativos, sustanciales o procesales, deriva de la prohibición general de invocar normas internas para eludir el deber de sancionar.

- e. La justicia militar está prohibida para procesar violaciones de derechos humanos, pues no es imparcial.
- f. Para garantizar el acceso a la justicia, los Estados deben adoptar medidas específicas en casos de ejecución extrajudicial. Este es un claro llamado al legislador.
- g. Debe existir un recurso efectivo contra la jurisdicción penal militar. Nuevamente se trata de un deber legislativo.
- h. Por control de convencionalidad los jueces internos deben impedir la competencia de la jurisdicción penal militar en casos de violaciones a los derechos humanos. En este caso se trata de un deber centrado en el poder judicial.
- i. Las sanciones administrativas o penales son de gran importancia para la cultura institucional en contextos estructurales de violencia.
- j. Valor simbólico del proceso disciplinario contra fuerzas armadas.
- k. La jurisdicción disciplinaria complementa la penal.

Los rasgos específicos del Derecho, es decir el deber de investigar, sancionar y reparar pueden resumirse en los siguientes aspectos:

Deber de investigar

- a. Características: *ex officio*, sin dilación, de una manera seria, imparcial y efectiva.
- b. Objetivo: la investigación debe estar orientada a perseguir, capturar, enjuiciar y castigar.

Deber de juzgar

- a. El procesamiento contribuye a la reparación, y muestra justicia.
- b. La Corte IDH no sustituye a las autoridades nacionales en la individualización o sanción de sujetos.
- c. Los procesos de extradición deben garantizar los derechos de las víctimas.

Deber de sancionar

Las penas deben ser proporcionales a los delitos cometidos, la participación y culpabilidad de los involucrados.

El derecho a la justicia describe las características de la investigación, del proceso y de la sanción con bastante detalle y en correlación con otros elementos. Tiene un fuerte énfasis penal. La categoría de “penas apropiadas” da un margen de apreciación importante cuya relevancia será mayor en escenarios transicionales.

3.3.3 Componente de reparación

- a. Deber de reparar es norma consuetudinaria derivada de la responsabilidad estatal.
- b. Criterios a considerar para tasar reparación.
 - (i) La Corte IDH valora lo actuado por tribunales internos en reparaciones.

- (i) La responsabilidad declarada en la jurisdicción administrativa –que suele ser meramente económica– no responde a la totalidad de criterios de la reparación integral.
- c. Elementos de la reparación integral:
 - (i) Restitución: debe ser transformadora.
 - (ii) Indemnización: incluye daño material e inmaterial, este último debe ser evidente.
 - (iii) Rehabilitación: física y psicológica especializada.
 - (iv) Satisfacción: la sentencia es una forma de reparación, también lo son la publicación de la sentencia en el diario oficial, en un diario de circulación nacional, en las páginas web oficiales, en programas de radio. La satisfacción también se logra con medidas de reparación no pecuniarias de alcance público, actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional, la imposición de una pena apropiada a los perpetradores de la violación, las sanciones administrativas o penales.
 - (v) Garantías de no repetición. Algunas formas de lograrlas son: cursos de capacitación a funcionarios y a fuerzas armadas, además el Estado tiene el deber de adoptar reformas legislativas.

Estas subreglas son útiles para analizar la jurisprudencia de la CCC. Reitero que en este recuento reconstruí el estándar más alto en términos del alcance del Derecho y sus componentes. Lo hice sobre jurisprudencia colombiana porque se trata de un elemento relevante, en efecto considera las complejidades del contexto y resulta útil como punto de partida para la reflexión sobre el derecho a la justicia. Esto no habría

sido posible si sólo se consideraran los casos en los que la Corte IDH se ha pronunciado sobre las transiciones a la democracia. Insisto en que existe un diálogo permanente que enriquece y hace más complejo el debate sobre el derecho a la justicia en escenarios de transición, así ha sido aceptado en estudios de otras disciplinas que se refieren al fenómeno de judicialización de la política.

4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la justicia en escenarios de justicia transicional

4.1. Contexto

Las transiciones parecen favorecer la aparición de la judicialización de la política por razones que van, desde el nivel de compromiso de los Estados en transición, hasta el debate sobre ciertos derechos en circunstancias límite de tensión, como es el caso de los derechos de las víctimas.²⁹ Este entramado se ve fuertemente impactado por la variable transnacional, Sikkink³⁰ tanto por los desarrollos del derecho regional –por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– como por el trabajo de abogados transnacionales. En el caso colombiano, las cortes domésticas han investigado y perseguido violaciones graves a pesar del conflicto omnipresente y en un marco democrático no exento de limitaciones en el que no es soslayable el papel del Derecho Penal Internacional (DPI), especialmente durante la transición.³¹

²⁹ En este trabajo no me ocuparé de ese tema, pues excede los objetivos planteados, lo menciono para enfatizar en las causas y consecuencias del diálogo entre cortes que creo que se ha generado entre la Corte IDH y la CCC.

³⁰ SIKKINK, Kathryn, "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en R. SIEDER, L. SCHJOLDEN, y A. ANGELL (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2005, pp. 263-292.

³¹ ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos, "Introduction", en ALMQVIST, Jessica, y Carlos. Espósito (eds.), *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, Routledge, Nueva York, 2012, pp. 1-16.

Otro elemento a considerar es la variable de la estructura de oportunidad política y jurídica que ha sido mencionada en la teoría sobre movimientos sociales por la “*scale shift*” que describe el movimiento de contención de lo nacional a lo transnacional.³² Por eso es importante considerar el factor legal doméstico desde la teoría de los movimientos sociales, estas estructuras de oportunidad se relacionan con el concepto de Epp (1998)³³ de “*support structure for legal mobilization*” en el ámbito doméstico. La autora destaca que todo esto permite a los activistas evaluar el nivel de apertura del sistema jurídico para establecer sus posibilidades de invocar argumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) de manera exitosa.

Un análisis similar hacen Almqvist y Espósito³⁴ y concluyen que la evolución del DIDH y de sus órganos de protección así como de tribunales penales internacionales, el fortalecimiento de la independencia de cortes locales y la existencia de actores de la sociedad civil son factores críticos que explican el aumento de la judicialización de la política en América Latina.

En Colombia el debate judicial sobre la justicia transicional ha cobrado especial relevancia, de hecho, teóricamente Colombia comenzó su ejercicio más ambicioso en la materia con la Ley 975 de 2005 (Ley de justicia y paz) a pesar de que algunos creyeran –con sobradas razones– que en ese momento no se reunían las condiciones para hablar de ello.³⁵ Con todo, la Ley 975 es el hito fundacional más importante en

³² SIKKINK, Kathryn, *The Transnational Dimension...*, op. cit.

³³ EPP, Charles, *La revolución de los derechos*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2013.

³⁴ ALMQVIST, Jessica, y ESPÓSITO, Carlos, Conclusion, en *The Role of Courts...*, op. cit., pp. 290-299.

³⁵ UPRIMNY, Rodrigo, op. cit., 2006

los últimos 10 años en el debate sobre paz, justicia transicional y derechos de las víctimas. En ese caso fueron visibles las paradojas, el contexto adverso y la complejidad del tema en sí mismo, así como la fuerte influencia internacional que no siempre es positiva, por ejemplo en el caso de la extradición previa a la aplicación de justicia,³⁶ también fue destacable el papel de la Corte Constitucional.

4.2. Derechos de las víctimas, justicia transicional y paz: jurisprudencia

Solamente me referiré a la jurisprudencia expedida hasta 2013, pues ha transcurrido un mínimo de tiempo que considero suficiente para que se pueda considerar jurisprudencia consolidada. Aunque hay fallos más recientes, creo que entre 2013 y 2016 se decantó un grupo de subreglas que ahora la CCC deberá analizar nuevamente dado el contexto y la normativa transicional que se avecina.

Para analizar el papel de la Corte a través del estado actual de la jurisprudencia he decidido partir del hito que significó la Ley de justicia y paz. La sentencia C-370 de 2006 que la analizó utilizó estándares del DIDH y rediseñó algunos conceptos centrales de la ley para ajustarla a la Constitución.

Algunos opinaron que la sentencia fue tímida en ciertos puntos,³⁷ sin embargo los estándares definidos por la Corte tenían que equilibrar aspectos fácticos y normativos, como es propio en un proceso transicional como el que el alto tribunal consideró que se llevó a cabo.

³⁶ APONTE, Alejandro, "Colombia as a Sui Generis Case", en *The Role of Courts...*, *op. cit.*, pp. 241-263.

³⁷ Por ejemplo, la exigencia de trámite legislativo cualificado –de ley estatutaria– y la consideración de una amnistía encubierta.

El impacto de esta sentencia ha llegado hasta casos más recientes, por ejemplo, la sentencia C-579 de 2013, que estudió el Acto Legislativo 01 de 2012: "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", de hecho la sentencia C-370 de 2006 reseña lo que llama "las bases de aspectos esenciales de los procesos de justicia transicional" con alusión a los derechos de las víctimas, que usaremos como árbol de reconstrucción de citación jurisprudencial. Dice al respecto:

1. La paz es uno de los propósitos fundamentales del Derecho internacional y del derecho constitucional, de ahí la importancia de la justicia de transición en una democracia con instituciones judiciales estables y sólidas;³⁸
2. Da criterios para el examen de constitucionalidad sobre los derechos de las víctimas (sentencia C-715, 2012) y agrega varios elementos:
 - a. las reglas procesales que reducen los intereses de las víctimas a la obtención de una indemnización de perjuicios en el proceso penal desconocen sus derechos;

³⁸ La sentencia C-481 de 2001 señaló varias subreglas: 1. Libertad de configuración legislativa en la escogencia de los mecanismos tendientes a la solución del conflicto armado. 2. La Corte debe conciliar el principio de supremacía constitucional y el respeto por el principio democrático. 3. En ese tipo de juicio analizará si las medidas adoptadas son adecuadas y necesarias para alcanzar el fin propuesto, con base en los valores, principios y reglas definidos por el constituyente, al parecer se trata de un juicio de proporcionalidad de rigor intermedio. 4. La Carta de 1991 es una "Constitución para la paz" pues la considera valor, fin del estado y derecho. 5. El punto anterior obliga al juez constitucional a expulsar las leyes que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en políticos. 6. Lo anterior no significa que un fallo debe sustentarse en argumentos de conveniencia, ni que los órganos políticos puedan tomar decisiones que contradigan normas constitucionales, sobre este punto, ver la sentencia C-456 de 1997. Sobre la importancia del derecho a la paz y sus desafíos pueden verse las sentencias C-578 de 2002, C-481 de 2001, C-456 de 1997.

- b. la acción penal es imprescriptible en casos de desaparición forzada;
- c. es posible aplicar la ponderación entre la paz, la justicia y los derechos de las víctimas en procesos de justicia transicional, con base en la libertad de configuración del legislador en la materia, que está limitada por la Constitución;³⁹
- d. las penas alternativas son constitucionales por no causar una afectación desproporcionada a la justicia, y no son un indulto ni una amnistía encubierta.

Con los hitos conceptuales que se enunciaron expresamente en 2006 y se usaron en 2013, se completa un círculo de decisiones en la materia, ahora mencionaré otras sentencias que considero importantes. No construiré líneas de sentencias,⁴⁰ pues no enumeraré el universo de decisiones, pero sí reconstruiré tendencias conceptuales desarrolladas por la Corte⁴¹ con base en algunos de los métodos que el autor desarrolló, como la citación y el rastreo que busca *rationes decidendi*. En este caso el problema

³⁹ Ver la sentencia C-099 de 2013 que establece que para resolver la tensión entre la paz y el derecho a la justicia deben respetarse los mínimos de los derechos a la verdad, a la reparación, y las garantías de no repetición. Esta tesis es reiterada en las sentencias C-250 de 2012, C-052 de 2012, C-253A de 2012 y C-715 de 2012. Además dice que las limitaciones a esos derechos no pueden ser irrazonables ni desproporcionadas de conformidad con lo dicho en las sentencias C-370 de 2006, C-936 de 2010 y C-771 de 2011.

⁴⁰ LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces*, Uniandes, Bogotá, 2000.

⁴¹ La búsqueda se realizó a través de la página web de la Relatoría de la Corte Constitucional Corte Constitucional de Colombia, Relatoría, Consultable en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> (5 de Septiembre de 2016). En el índice temático por palabras y por providencias durante los últimos cinco años o, el caso de criterios con pocos registros, desde 1992. Las palabras buscadas fueron: proceso de paz, negociación de paz, diálogo de paz, conversación de paz, acuerdo de paz, derechos de las víctimas, justicia transicional y sus plurales. Aunque es un método que tiene varias limitaciones, es útil para acceder al grueso de la información relevante. Este método fue complementado con decisiones recientes y centrales sobre la materia, por ejemplo la sentencia C-579 de 2013.

jurídico general que guía la reconstrucción indaga sobre el contenido de los derechos de las víctimas de violaciones de DDHH y DIH y sus variaciones en eventuales procesos de paz o transición. El objetivo es encontrar los patrones definitorios del derecho a la justicia y los límites a los procesos de paz en relación con ese derecho. Ya que pretendo reconstruir el contenido de un concepto, los problemas jurídicos y las *rationes decidendi* se refieren a las características, contenidos y límites del derecho a la justicia de cada uno de sus componentes. Además, busco las relaciones entre estos elementos y los límites a los procesos de paz, teniendo en cuenta la complejidad del derecho a la justicia, que puede ser dividido en tres grandes derechos, y a su vez en otros más.⁴²

La Corte tiene una jurisprudencia decantada en materia de derecho a la justicia y varias sentencias la retoman (sentencia C-579, 2013), (sentencia SU-254, 2013) y (sentencia C-099, 2013). Estas decisiones, que suelen referirse a la sentencia C-715, 2012, han enunciado también los fundamentos constitucionales de este derecho (ver tabla 1).

⁴² Verdad y justicia en sus dimensiones individual y colectiva, reparación como restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición con modalidades individual y colectiva también.

Tabla 1. Integración del derecho a la justicia en el ordenamiento constitucional colombiano

Artículo	Contenido normativo
Bloque de constitucionalidad en sentido estricto ⁴³	Obligación estatal de respeto y garantía plena de los derechos, el debido proceso y el derecho a un recurso judicial efectivo, los cuales no pueden ser suspendidos en Estados de excepción.
1	<p>El principio de dignidad humana promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia.</p> <p>El principio del Estado Social de Derecho promueve la participación y fundamenta la intervención de las víctimas tanto en los procesos judiciales como administrativos y reconoce el derecho a obtener su reparación.</p>
2	Deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos.
12	El derecho a no ser objeto de tratos crueles inhumanos o degradantes.
90	Cláusula general de responsabilidad del Estado.
93	Los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
94	La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.
29 y 229	El derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.
250 num. 6 y 7	Rango constitucional a los derechos de las víctimas.

Fuente: elaboración de la autora con base en las sentencias SU-254 de 2013 y C-715 de 2012.

⁴³ En el caso colombiano la idea del bloque de constitucionalidad es fundamento normativo en decisiones judiciales, implica que la Constitución puede ser algo más que el propio texto constitucional, es un documento abierto

Los fundamentos constitucionales y la situación del país han llevado a que existan numerosas decisiones que se refieren a los derechos de las víctimas. Varios pronunciamientos posteriores se ocuparon de sistematizar el estado de las subreglas sobre derechos de las víctimas: la sentencia SU-254 de 2013 recuerda los fallos en sede de constitucionalidad⁴⁴ y de tutela,⁴⁵ y la sentencia C-579 de 2013 reitera las subreglas determinadas por varias decisiones.⁴⁶ Estas pueden dividirse en los tres grandes componentes del derecho a la justicia (tablas 2 a 4).

Tabla 2. Derecho a la justicia

Presupuestos	<p>Es obligatorio para el Estado prevenir las graves violaciones de DDHH, especialmente cuando se trata de violaciones masivas, continuas y sistemáticas;</p> <p>Es obligatorio luchar contra la impunidad;</p>
--------------	---

que remite expresa o tácitamente a otras normas, por ejemplo a ciertos tratados. Esta cláusula es fundamental en países con control judicial de constitucionalidad porque amplía los parámetros del control. En esos casos, cuando las normas son parámetros de control de constitucionalidad necesariamente hablamos de una relación de jerarquía. El bloque también aporta criterios interpretativos para los jueces y otras autoridades. En Colombia el bloque muestra: (i) normas de rango constitucional, (ii) parámetros de control constitucional de leyes; (iii) normas constitucionales relevantes en un caso específico. Uprimny, Rodrigo. "El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización Doctrinal", *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, 2005, http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72&lang=en. ALEXEI, Julio, "Las Funciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional", 2005, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2481/9.pdf>.

⁴⁴ Ver las sentencias C-178 de 2002, C-695 de 2002, C-916 de 2002, C-004 de 2003, C-228 de 2003, C-014 de 2004, C-928 de 2005, C-979 de 2005, C-1154 de 2005, C-047 de 2006, C-454 de 2006, C-575 de 2006, C-209 de 2007, C-228 de 2003, C-370 de 2006, C-578 de 2002, C-580 de 2002 y C-875, 2002.

⁴⁵ En tutela se ha referido con particular insistencia a los casos de desplazamiento forzado en el marco de la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento.

⁴⁶ Sentencia C-579 de 2013, SU-254 de 2013 y Sentencia C-099 de 2013 aunque el grueso del listado de subreglas fue elaborado en la Sentencia C-715 de 2012 con énfasis en desplazamiento forzado. También agregamos lo dicho por la Sentencia C-370 de 2006.

Presupuestos	<p>Es obligatorio establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para la protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas;</p> <p>Es obligatorio diseñar y garantizar recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas;</p> <p>El Estado debe garantizar el respeto al debido proceso para las víctimas;</p> <p>El Estado tiene el deber constitucional de velar porque los mecanismos judiciales internos tanto de justicia ordinaria, como de procesos de transición hacia la paz, tales como amnistías e indultos, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad;</p> <p>Los derechos de las víctimas son restricciones, frente a figuras de seguridad jurídica tales como el <i>non bis in idem</i> y la prescripibilidad de la acción penal y de las penas, en casos de violaciones protuberantes a los DDHH, DIH y DIDH; Es indispensable garantizar el derecho a la justicia para que se garanticen los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas.</p> <p>Los procesos penales en transición pueden tener límites como:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) centrarse sólo en los máximos responsables, b) centrarse sólo en crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, c) renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. Entre las condiciones mínimas se encuentran las siguientes (i) dejación de las armas, (ii) el reconocimiento de responsabilidad, (iii) la contribución al esclarecimiento de la verdad, (iv) la reparación integral de las víctimas, (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de menores del grupo. d) aplicación de penas alternativas, sanciones extrajudiciales, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena.
Deber de investigar	<p>El Estado tiene la obligación de iniciar ex officio las investigaciones en casos de graves violaciones de derechos humanos.</p>
Deber de juzgar	<p>El Estado debe procesar judicialmente, de oficio, a los responsables de graves violaciones de derechos humanos;</p> <p>Debe hacer valer los intereses de las víctimas y permitir su participación en juicio;</p>

Deber de juzgar	<p>Los juicios deben ser serios e imparciales, lo que restringe el fuero militar;</p> <p>El Estado tiene el deber de establecer plazos razonables para los procesos judiciales, teniendo en cuenta que los términos desproporcionadamente reducidos pueden dar lugar a la denegación de justicia de las víctimas y a la no obtención de una justa reparación;</p> <p>Las víctimas y la sociedad, en casos de graves violaciones de los DDHH y DIH, están legitimados para hacerse parte dentro de los procesos penales para obtener la verdad y la reparación del daño;</p> <p>El deber de juzgar permanece incluso en procesos de transición pero puede tener excepciones si se investigan a fondo las violaciones de derechos humanos, se restablecen los derechos mínimos de las víctimas a la verdad, a la reparación integral y se diseñan medidas de no repetición.</p>
Deber de sancionar	<p>El Estado tiene la obligación de sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos;</p> <p>Tiene el deber de condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes, esto se mantiene en los procesos de transición;</p> <p>Esta última regla sólo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional si se investigan a fondo las violaciones de DDHH y se restablecen los derechos mínimos de las víctimas a la verdad, a la reparación integral y se diseñan medidas de no repetición.</p>

Fuente: elaborada por la autora con base en la jurisprudencia constitucional colombiana

Las subreglas establecen obligaciones y límites en cuanto al derecho a la justicia, también mencionan las excepciones frente a procesos transicionales, especialmente a cambio de mayor compromiso en los otros dos componentes del derecho a la justicia: verdad y reparación como condiciones adicionales para aplicar las excepciones.

Tabla 3. Derecho a la verdad

Principios generales	<p>El derecho a la verdad se fundamenta en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho al buen nombre y a la imagen;</p> <p>Las víctimas y los perjudicados por graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho inalienable a saber la verdad de lo ocurrido;</p> <p>Este derecho se encuentra en cabeza de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto, y por tanto apareja una dimensión individual y una colectiva;</p> <p>El derecho a la verdad constituye un derecho imprescriptible que puede y debe ser garantizado en todo tiempo;</p> <p>Con la garantía del derecho a la verdad se busca la coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real.</p>
Individual	<p>La dimensión individual del derecho a la verdad implica que las víctimas y sus familiares conozcan los hechos, los responsables y las consecuencias de lo sucedido.</p> <p>Este derecho incluye (i) conocer la autoría del crimen, (ii) los motivos y (iii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, (iv) el patrón criminal. Esto último, implica el derecho a conocer si el delito que se investiga constituye una grave violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad;</p> <p>Este derecho se encuentra intrínsecamente relacionado y conectado con el derecho a la justicia y a la reparación.</p> <p>Se encuentra vinculado con el derecho de acceso a la justicia, ya que la verdad sólo es posible si se proscriben la impunidad y se garantiza, a través de investigaciones serias, responsables, imparciales, integrales y sistemáticas por parte del Estado, el esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción;</p> <p>Se encuentra vinculado con el derecho a la reparación, ya que el conocimiento de lo sucedido para las víctimas y sus familiares, constituye un medio de satisfacción;</p> <p>Los familiares de las personas desaparecidas tienen derecho a conocer el destino de los desaparecidos y el estado y resultado de las investigaciones oficiales. El incumplimiento de esta obligación materializa tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este derecho debe ser satisfecho, incluso, si no existen procesos penales en contra de los presuntos responsables (por muerte, indeterminación o cualquier otra causa). Además se trata de una medida de satisfacción;</p> <p>Están permitidos los mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica, como comisiones de la verdad.</p>

Colectiva	<p>La sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, tener la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones;</p> <p>En esta tarea interesan los mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica, como comisiones de la verdad.</p>
-----------	--

Fuente: elaborada por la autora con base en la jurisprudencia constitucional colombiana

En el derecho a la verdad se destacan sus dos dimensiones y el establecimiento de comisiones de la verdad así como la articulación de este derecho con la reparación, en particular con la satisfacción.

Tabla 4. Derecho a la reparación

Principios generales	<p>El ordenamiento constitucional reconoce expresamente el derecho a la reparación del daño que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos;</p> <p>El derecho a la reparación integral y sus componentes se encuentran regulados por el derecho internacional y deben ser respetados por los Estados obligados;</p> <p>El carácter integral de este derecho implica la variedad de sus manifestaciones (medidas de justicia distributiva y de justicia restaurativa) en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas;</p> <p>Las obligaciones de reparación incluyen, en principio y de manera preferente, (i) la restitución plena (restitutio in integrum), que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales; (ii) la compensación (indemnización), una serie de medidas tales como: (iii) la rehabilitación, (iv) la satisfacción (por ejemplo medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas)y (v) garantías de no repetición;</p> <p>La reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva;</p>
----------------------	--

Principios generales	<p>La dimensión individual se manifiesta en la restitución, la indemnización y la rehabilitación;</p> <p>La dimensión colectiva se obtiene también a través de medidas de satisfacción que se proyecten a la comunidad;</p> <p>Es un derecho complejo, en cuanto se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia.</p>
Material	<p>De no ser posible tal restablecimiento pleno es procedente la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria;</p> <p>La reparación integral a las víctimas debe diferenciarse de la asistencia y servicios sociales y de la ayuda humanitaria brindada por parte del Estado. No pueden confundirse entre sí, pues difieren en su naturaleza, carácter y finalidad. Los servicios sociales tienen su título en derechos sociales y se prestan de manera ordinaria con el fin de garantizar dichos derechos sociales, presenciales o políticas públicas relativas a derechos de vivienda, educación y salud. La asistencia humanitaria la ofrece el Estado en caso de desastres. La reparación en cambio, tiene como título la comisión de un ilícito, la ocurrencia de un daño antijurídico y la grave vulneración de los derechos humanos, razón por la cual no se puede sustituirlas o asimilarlas, aunque una misma entidad pública sea responsable de cumplir con esas funciones, so pena de vulnerar el derecho a la reparación;</p> <p>Es necesaria la articulación y complementariedad de las distintas políticas públicas, pese a la clara diferenciación que debe existir entre los servicios sociales del Estado, las acciones de atención humanitaria y las medidas de reparación integral.</p>
Inmaterial	<p>La víctima tiene derecho a que los actos criminales sean reconocidos y a que su dignidad sea restaurada a partir del reproche público de dichos actos; está prohibido desconocer, ocultar, mentir, minimizar o justificar los crímenes cometidos;</p> <p>El derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia se investigue y sancione a los responsables.</p> <p>El derecho a la reparación incluye tanto medidas destinadas a la satisfacción de la verdad y de la memoria histórica, como medidas destinadas a que se haga justicia.</p>

Fuente: elaborada por la autora con base en la jurisprudencia constitucional colombiana

Aunque estas subreglas no entran en detalles sobre los componentes del derecho a la reparación integral, remiten para ello al DIDH. Además resulta muy importante

la distinción entre la asistencia del Estado y el deber de reparar. Adicionalmente hay varias decisiones donde la Corte ha acotado la noción de víctima y sus derechos.

5. Reflexiones finales

La rica jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario plantea límites indiscutibles a cualquier negociación con los victimarios en el marco de un proceso de transición. En efecto, la jurisprudencia interamericana reseñada describe los estándares básicos del derecho a la justicia. Sin embargo, es importante considerar que la metodología de este texto tomó pronunciamientos proferidos en casos contenciosos no relacionados directamente con un escenario de justicia transicional. Tal elección pretendió tomar el estándar más garantista, pues la transición siempre deberá hacer sacrificios en algunos elementos del derecho a la justicia. Con todo, al revisar la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional colombiana, ésta sí en el marco de medidas de justicia transicional, es posible observar la coincidencia en los elementos centrales del derecho a la justicia. Este recuento muestra que los criterios establecidos por los dos tribunales son similares, constantes y reiterados, por lo que cualquier debate en la materia deberá considerarlos si pretende lograr validez jurídica.

Sin duda, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es mucho más detallada, evidentemente su competencia y funciones explican el nivel de precisión en sus pronunciamientos sobre el derecho a la justicia en escenarios transicionales. No obstante, los criterios genéricos tomados por la Corte IDH y por la CCC son muy

parecidos y refuerzan la hipótesis del diálogo jurisprudencial que se planteó como punto de partida.

Las reglas jurisprudenciales reseñadas son estrictas e interpretan las fuentes jurídicas pertinentes de manera muy rigurosa; sin embargo, toman en cuenta las dificultades de las transiciones y dan conceptos abiertos e indeterminados para facilitar la adaptabilidad de los contenidos del derecho a la justicia en escenarios transicionales, tal es el caso del concepto de "penas adecuadas" en el componente sancionatorio del derecho. Aunque parezca obvio, el margen de apreciación permitido por las reglas jurisprudenciales muestra que debe haber flexibilidad en los debates de una transición e invita a una reflexión que llene de contenido la vaguedad de acuerdo a las necesidades del contexto. Sin embargo, también se determinan unos mínimos intocables en ciertos aspectos del derecho a la justicia, uno de los componentes con mayor nivel de exigencia es el de la reconstrucción de la verdad, que a su vez se erige como un elemento reparatorio.

El componente del derecho a la justicia que se refiere a la verdad es uno de los más exigentes de acuerdo con las interpretaciones de los dos tribunales analizados. De hecho, el cumplimiento pleno de sus contenidos es tomado como un requisito ineludible para que se ceda en la exigencia de otros componentes del derecho, por ejemplo frente a la sanción penal. Esta postura es, probablemente, consecuencia de su incidencia en la democratización –sin duda la verdad permite reconstruir la historia y refundar un futuro–, su importancia para las víctimas es reconocida como un elemento reparatorio en términos de satisfacción, y porque se supone que su cumplimiento no genera grandes restricciones a los antiguos combatientes que se beneficiarán

de las medidas de la transición, en efecto se trata de un sacrificio menor que aquel que impondría el cumplimiento pleno de una sanción penal.

En el caso del derecho a la justicia, su concentración en la sanción penal es notable. Las características de la transición llevan a que este componente sea uno de los más debatidos, pues los antiguos combatientes no querrán ser sancionados, pero la sociedad podría no tolerar la falta de castigo. Por eso las penas alternativas surgen como una opción necesaria y pueden encuadrar en el concepto de “penas adecuadas” que la jurisprudencia interamericana plantea. No obstante, no existe un criterio definitivo que, por ejemplo, indique la obligación de que esas penas adecuadas sean necesariamente privativas de libertad y deban ser cumplidas en centros carcelarios. La única indicación que la jurisprudencia muestra con claridad es el carácter imperativo de los condicionamientos que debe imponer el Estado a los beneficiarios de las medidas en casos de renuncia a la persecución penal. Aunque existen varios requisitos, los dos relacionados directamente con el derecho a la justicia son el esclarecimiento máximo de la verdad y el reconocimiento de la mayor reparación posible.

La reparación también es un tema complejo dado el carácter masivo de las violaciones y la dificultad económica y logística que representan sus distintos elementos: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Con todo, la jurisprudencia ha entendido que existen límites materiales y que las características de Estados con altos niveles de desdemocratización hacen que la reparación deba ser transformadora y permita que los sujetos gocen de los elementos mínimos para ejercer su ciudadanía plenamente. Por otro lado, las sentencias también han sido rigurosas en todos aquellos aspectos inmateriales que pueden cumplir con

los estándares de este derecho y lograr que las víctimas recuperen su dignidad y, por ende, puedan recuperar su estatus social y desenvolverse nuevamente en la comunidad.

Considero que los elementos que dan flexibilidad, también generan los mayores riesgos para la consolidación de la paz; por eso, la discusión trasciende el escenario jurídico y deberá darse también en la arena política, de manera que sea uno de los hitos del proceso democratizador que pretende el fin de un conflicto armado y la búsqueda de una paz estable y duradera.

6. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón práctica*, Fontamara, México, 2006.

ALMQVIST, Jessica, y ESPÓSITO (eds.), *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, Routledge, Nueva York, 2012.

CASTELLANOS, Ethel Nataly, *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de Propuestas desde un Análisis Comparado*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Bogotá, 2008.

CHINCHÓN Álvarez, Javier, "El Concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional. Una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Electrónica de Es-*

tudios Internacionales, núm. 24, 2012. Disponible en: http://eprints.ucm.es/17512/1/Articulo_REEI-Concepto_de_impunidad.pdf. (octubre de 2013).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011 de la CIDH*, s.l.i., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 2011b, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011 de la CIDH*, s.l.i., OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 2011. Consejo de Derechos Humanos. Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia para el año 2010, 3 de febrero de 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, s.l.i., OEA/Ser. L/V/II.102 Doc 9 rev 1, 1999.

EPP, Charles, *La revolución de los derechos*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2013. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_materia.htm#DEREHUM (enero 2013).

HUERTA, Luis, "La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional en materia de derechos humanos", *Revista de Derecho*, vol. 7, núm. 7, 2006, pp. 129-183.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Herederos de los Paramilitares. La Nueva Cara de la Violencia en Colombia*, HRW, Nueva York, 2010.

LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces*, Uniandes, Bogotá, 2000.

MAGARRELL, Lisa y WESLEY, *Joya, Learning from Greensboro: Truth and Reconciliation in the United States*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2008.

MÉNDEZ, Juan E., "Accountability For Past Abuses", *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 2, 1997, pp. 255-282.

NINO, Carlos Santiago, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, "Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)", <https://www.scjn.gob.mx/libro/Instrumentos-Convencion/PAG0259.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Estado Actual de las Firmas y Ratificaciones de los Tratados Interamericanos*, Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2012.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad*, 2005.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia para el año 2010, 3 de febrero de 2011, A/HRC/16/22.

PARK, Y. Gloria, "Truth as Justice. Legal and Extralegal Development of the Right of Truth", *Harvard International Review*, vol. 31, núm. 4, 2010.

ROTH-ARRIAZA, Naomi, "The New Landscape of Transitional Justice", en ROTH-ARRIAZA, Naomi y MERIEZCURRENA, Javier (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

SIKKINK, Kathryn, "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en R. Sieder, L. Schjolden, y A. Angell (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2005, pp. 263-292.

TAYLOR, Leslie Ann, "La Responsabilidad de los Estados Parte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, No. 43, Mayo de 2009, 1-22.

TILLY, Charles, *Democracia*, Akal, Madrid, 2010.

TUFT, Irene, *Democracy and Violence: The Colombian Paradox*, CMI Report Series, 1997.

UPRIMNY, Rodrigo, *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2006.

_____, y SAFFÓN, María Paula, *Uses and Abuses of Transitional Justice Discourse in Colombia*, Oslo, International Peace Research Institute, 2007.

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 21 de enero de 1994 (Serie C No. 17 1994).

_____, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Fondo, Sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Serie C No 22 1995).

_____, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997 (Serie C No 31 1997).

_____, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Serie C No 67 2000).

_____, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Fondo, Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Serie C No 90 2001).

_____, *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Sentencia de 12 de junio de 2002 (Serie C No 93 2002).

_____, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2002 (Serie C No 96 2002).

_____, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Serie C No 109 2004).

_____, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Sentencia de 7 de marzo de 2005 (Serie C No 122 2005).

_____, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (Serie C No 132 2005).

_____, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Serie C No 134 2005).

_____, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Serie C No 140 2006).

_____, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006 (Serie C No 148 2006).

_____, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Serie C No 163 2007).

_____, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Serie C No 165 2007).

_____, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 192 2008).

_____, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010 (Serie C No 213 2010).

_____, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

_____, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Sentencia C-004 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C-014 (Corte Constitucional 2004).

Sentencia C-047 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-048 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-052 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-099 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C-1154 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia C-178 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-209 (Corte Constitucional 2007).

Sentencia C-221 (Corte Constitucional 1994).

Sentencia C-228 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia C-228 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-250 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-253A (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-288 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-332 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-355 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-359 (Corte Constitucional 1997).

Sentencia C-370 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-454 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-456 (Corte Constitucional 1997).

Sentencia C-481 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-575 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia C-577 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C-578 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-579 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C-580 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-695 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-715 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-771 (Corte Constitucional 2011).

Sentencia C-781 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-875 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-916 (Corte Constitucional 2002).

Sentencia C-928 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia C-936 (Corte Constitucional 2010).

Sentencia C-979 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia SU-254 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia SU-559 (Corte Constitucional 1997).

Sentencia T-025 (Corte Constitucional 2004).

Sentencia T-153 (Corte Constitucional 1998).

Sentencia T-832A (Corte Constitucional 2013).

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en mayo de 2017 en los talleres de Guimark Total Quality, S.A. de C.V., calle Carolina núm. 98 int. 101, Colonia Ciudad de los Deportes, Delegación Benito Juárez, C.P. 03710, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 puntos y Gothic720 BT de 12 y 18 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel couché mate dos caras de 100 gramos.

