

*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.

# ¿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.<sup>1</sup> 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;<sup>2</sup> 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.

---

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

<sup>2</sup> 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).<sup>3</sup> 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

---

<sup>3</sup> 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."<sup>4</sup> (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."<sup>5</sup>

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

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel, *Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis, Hackett, 1999, p. 140.

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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

---

<sup>6</sup> *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.<sup>7</sup> 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.”<sup>8</sup>

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

---

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

<sup>8</sup> *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.”<sup>9</sup> 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.”<sup>10</sup> 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

---

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

<sup>10</sup> *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*.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

---

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

<sup>12</sup> 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”.<sup>13</sup>

Un representante notable de la visión consecuencialista de las amnistías es Carl Schmitt. En un breve texto,<sup>14</sup> 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

---

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

<sup>14</sup> 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](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."<sup>15</sup> 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

---

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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

---

<sup>16</sup> 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.”<sup>17</sup>

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.

---

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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.

---

<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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

---

<sup>19</sup> 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".<sup>20</sup> 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

---

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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 disocian 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

---

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> Como ya se dijo, el consecuencialismo neutral respecto al agente juzga los actos desde la perspectiva de un observador imparcial.<sup>24</sup> 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

---

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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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](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.