

## RECONCILIACIÓN NACIONAL, JUSTICIA TRANSNACIONAL Y EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Juan E. Méndez\*

La creación de tribunales internacionales para juzgar a los autores de delitos atroces y el impulso político dirigido a establecer un Tribunal Penal Internacional permanente (TPI) suponen un cambio desde las amnistías generales y la impunidad de facto hacia una política de responsabilización de los líderes y autoridades públicas por sus acciones.<sup>1</sup> La aplicación de la jurisdicción universal de los tribunales nacionales para delitos cometidos en otras partes del mundo, dramáticamente ejemplificada por la larga detención de dieciocho meses del General Augusto Pinochet en Inglaterra a partir de una solicitud de extradición de un tribunal español, constituye un nuevo e importante modo de romper con el ciclo de impunidad de delitos masivos y graves contra los derechos humanos.<sup>2</sup>

Este impulso forma parte de una más amplia campaña dirigida a asegurar que la verdad prevalezca sobre la negación y el olvido, y la justicia sobre la impunidad. La lucha por estos objetivos ha tenido lugar, principalmente, en países donde se produjeron transiciones a la democracia, durante los años 80 y 90, en Latinoamérica, Europa del Este y África. Esas experiencias han dado como resultado diversos instrumentos políticos, entre los que se pueden citar procesos penales, comisiones de la verdad, planes de reparaciones a las víctimas e inhabilitaciones de los autores conocidos para desempeñar cargos relevantes en las instituciones reconstituidas de los nuevos estados democráticos. En sólo unos años estos avances han provocado un cambio extraordinario en el Derecho internacional de los derechos humanos. En conjunto, configuran un paradigma de cómo las sociedades en transición a la democracia se deben enfrentar a los abusos masivos y sistemáticos de los derechos humanos acaecidos en su pasado reciente.

Sin embargo, este cambio hacia la responsabilización de los líderes y autoridades públicas suscita sus propias preguntas. ¿Cuál es el equilibrio que debe guardarse entre el interés legítimo en castigar a los autores y el deseo de reconciliación nacional en una sociedad recientemente desgarrada por un conflicto? Asumiendo que tanto los

---

\* Juan E. Méndez es Director del Center for Civil and Human Rights de The University of Notre Dame, (Indiana, USA), y Vice-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (Washington, D. C., USA). Traducción del inglés de M<sup>a</sup> del Carmen Pita Fraga, revisada por P. Serna.

1 Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993), de creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), y Resolución 955 (1994), de creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR); Estatuto de Roma para un Tribunal Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998. Los debates que conducen a este nuevo tratado histórico pueden consultarse en M. Cherif Bassiouni (ed.), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Ardsley, N.Y., Transnational, 1998.

2 Christine Chinkin et al., "In Re Pinochet," *American Journal of International Law* 93 (1999), pág. 703.

tribunales nacionales como los de otras naciones y los internacionales pueden exigir legítimamente la competencia para conocer de los mismos delitos, ¿cómo podríamos determinar si es apropiado o no ejercitar una de estas jurisdicciones en un caso dado? Este trabajo tratará de examinar los argumentos a favor del cambio hacia una política de responsabilidad y de ofrecer algunas respuestas a estas difíciles preguntas.

## CASTIGO, PERDÓN Y PAZ

La creación por parte de las Naciones Unidas de tribunales *ad hoc* para conocer de los crímenes de guerra, la disposición del poder judicial de algunos países para actuar extraterritorialmente aplicando la jurisdicción universal y la adopción del Estatuto de Roma para un Tribunal Penal Internacional reflejan una clara tendencia en el Derecho internacional a proporcionar los medios que aseguren que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad no queden impunes. Las normas que prohíben las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la detención arbitraria prolongada crean una obligación legal de castigar dichos crímenes y no constituyen en modo alguno una novedad. En efecto, se pueden encontrar en los principales textos sobre derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos. Ahora bien, algunos acontecimientos recientes han dado origen a “principios emergentes” desarrollados a partir de esas normas. Dichos principios establecen que los Estados tienen las obligaciones positivas de perseguir y castigar las violaciones de estos derechos, descubrir y revelar la verdad sobre ellas, ofrecer reparaciones a las víctimas e inhabilitar a los autores para continuar ocupando cargos públicos. Tales principios se fundan en diversas interpretaciones autorizadas de órganos interestatales (el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) así como en ciertos mecanismos de “*soft law*”, como los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, ciertas declaraciones y otros instrumentos.<sup>3</sup>

Estos principios emergentes se sitúan en el núcleo mismo del desarrollo de un estándar asociado a la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos desde la Segunda Guerra Mundial, un avance extraordinario, alentado en gran medida por el recuerdo del Holocausto. Lo nuevo es la determinación dirigida a encontrar modos y mecanismos que cumplan eficazmente esa obligación, primero a nivel nacional y después por parte de la comunidad internacional, si la jurisdicción doméstica se

---

3 Diane Orentlicher, “Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation,” en Louis Henkin and John L. Hargrove (eds.), *Human Rights: An Agenda for the Next Century, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 26 (Washington, D.C., American Society of International Law, 1994). Ver también Naomi Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, New York, Oxford University Press, 1995; Theo Van Boven, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Restitución, Compensación y Reparaciones por Violaciones Graves y Constantes de los Derechos Humanos, *Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, NU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993); Louis Joinet, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Impunidad, *Revised Final Report on the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations* (Derechos Civiles y Políticos), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997); Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant*, NU Doc. CCPR/C/79/Add.46 (1995) y CCPR [Convenio de Derechos Civiles y Políticos] *General Comment 20*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, 29 de julio de 1998; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre Argentina y Uruguay, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, Informes 28/92 y 29/92 (1992); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Ibrahim Aksoy v. Turkey* 10 de octubre de 2000.

muestra incapaz o no está dispuesta a adoptar medidas eficaces contra la impunidad. A su vez, la evolución del Derecho internacional y comparado corre paralela a un interés en el seno de otras disciplinas (estudios militares, ciencia política, relaciones internacionales, ética) en orden a las justificación filosófica y práctica de este deber de castigar los abusos de poder y autoridad más graves. En este sentido, se está creando una escuela de pensamiento que se esfuerza en defender el descubrimiento de la verdad, el imperio de la justicia y el rechazo de la impunidad.

Esto no ha sido siempre así. Cuando las sociedades latinoamericanas crearon comisiones de la verdad a principios de los 80, y en algunos casos se iniciaron procesos judiciales, muchos expertos bienintencionados opinaban que las nuevas y frágiles democracias no podrían resistir la presión de los estamentos militares todavía poderosos y que la insistencia en seguir por ese camino desestabilizaría el experimento democrático. Estos mismos escépticos pensaban que esos avances, aunque parcialmente exitosos, tendrían el efecto de retrasar la transición en los países vecinos o de provocar que los militares se apresurasen a exigir garantías de impunidad más firmes a condición de permitir que la transición tuviese lugar. Esta corriente de pensamiento relativa a las transiciones a la democracia no se limitó a aquellas primeras experiencias, aunque sus predicciones fatales nunca se materializaron (las transiciones a la democracia tuvieron lugar, con diferentes grados de condicionamiento). Afloró de nuevo, en forma más persuasiva, cuando se mezcló la cuestión con la necesidad de conseguir la paz en guerras fratricidas: si se trataba de persuadir a los movimientos de guerrilla de que abandonasen las armas y se uniesen al proceso democrático, estos necesitarían recibir garantías de que sus líderes no serían encarcelados. La clemencia para los insurgentes ofreció un poderoso argumento para una aparentemente “simétrica” amnistía de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad durante el transcurso de la guerra civil. Tal argumento fue empleado durante las discusiones de Dayton para acabar con la guerra de Bosnia, y más recientemente, al criticar a los tribunales de España y Gran Bretaña en el caso de Pinochet por no tener en cuenta el delicado equilibrio entre justicia y estabilidad al que supuestamente se llegó en Chile con el consentimiento de todas las fuerzas.<sup>4</sup>

El argumento de la clemencia se funda en la necesidad de conseguir la reconciliación nacional de manera que una sociedad desgarrada por un conflicto pueda proceder a construir una nueva democracia basada en la tolerancia y la adaptación de las facciones que han intentado destruirse recíprocamente en el pasado reciente. Incluso entre algunos de los que se oponen al olvido y a la impunidad, el gran objetivo de la reconciliación nacional, unido a la renuencia general hacia los procesos penales, constituye un argumento en favor de la narración de la verdad y de las reparaciones.<sup>5</sup>

Pero a estos efectos es muy difícil de definir la palabra “reconciliación”, especialmente porque esta palabra ha sido utilizada muchas veces de modo imprudente para intentar justificar la impunidad descarada. Del mismo modo que la paz no puede ser la simple ausencia de una lucha, la reconciliación no se puede conseguir por decreto. Generalmente, ésta tiene lugar a través de un proceso a largo plazo ayudado por decisiones políticas y acciones públicas que afrontan el conflicto entre personas, instituciones o comunidades y contemplan honestamente las condiciones bajo las cuales puede tener lugar dicha reconciliación.

---

4 El argumento de que las acciones de los tribunales de España y Gran Bretaña estaban perturbando el delicado equilibrio alcanzado por los chilenos fue muy utilizado por el gobierno chileno en su ofensiva diplomática para llevar a Pinochet de vuelta a casa.

5 José Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Queenstown, Md., Aspen Institute, 1989.

Estoy de acuerdo con que la reconciliación sea un objetivo principal de cualquier política que aborde las violaciones pasadas de los derechos humanos. Con este fin, entiendo que reconciliación significa el abandono a largo plazo de las disputas entre las facciones que han dividido una nación. En la medida en que las violaciones de los derechos humanos han ocurrido dentro del contexto de esas disputas, es necesario eliminar antagonismos para impedir que vuelvan a suceder. De esto se sigue que la reconciliación que se busca no es una tregua tirante e hipócrita entre autores y víctimas; y que la reconciliación entre dos facciones anteriormente enfrentadas no debe tener lugar a expensas del derecho de las víctimas a que se haga justicia. Por esta razón, aunque la reconciliación es un objetivo que vale la pena, no debería ser el centro de una política de la verdad y de la justicia. Si hacemos que sea el centro, la reconciliación se convierte en el factor que valida o invalida todos los aspectos de esta línea política. En estas circunstancias resulta demasiado fácil afirmar que no se deben emprender ciertas acciones a menos que se pueda demostrar que éstas tienen como resultado la reconciliación. A mi juicio, todos ellos -verdad, justicia y reconciliación- son objetivos de esta línea política y ninguno de ellos se debe considerar instrumento de los otros. Es imposible estar seguro de que la verdad o la justicia conduzcan a la reconciliación en cualquier circunstancia. Si no sucede en un caso determinado, ello no significa que sea un error perseguirlas. Aplicar una regla puramente consecuencialista a los esfuerzos dirigidos hacia la verdad y la justicia es injusto para con las víctimas y para con aquellos miembros de la sociedad que desean conocer la verdad.<sup>6</sup>

No hay argumentos que permitan convencernos de manera inmediata a favor de una política de perdonar y olvidar, ni en la postura de perseguir los procesos a cualquier precio. Sólo se puede decir, con bastante seguridad, que las posturas extremas fácilmente se rechazan. No mucha gente se mostraría a favor de las amnistías generales y de una política de “lo pasado, pasado está”, al menos cuando han sucedido crímenes tan atroces que ofenden nuestra conciencia. Por otra parte, castigar todos los sucesos sin excepción –y hacerlo con total respeto hacia el estado de derecho– es claramente imposible en la mayoría de los casos y, en ocasiones, podría ser indeseable. La cuestión es, pues, determinar qué elementos de verdad, justicia y medidas de clemencia son compatibles entre sí, con la construcción de la democracia y la paz, con los estándares emergentes del derecho internacional y con la búsqueda de la reconciliación. La mezcla más adecuada dependerá del contexto, las circunstancias y las decisiones libres y racionales de los actores locales (decisiones que la comunidad internacional debería respetar).

Los principios de los derechos humanos, junto con el respeto por la dignidad humana y el estado de derecho, imponen a cada sociedad ciertos límites en lo que se refiere a lo que se puede hacer al afrontar el pasado. Pero estos principios dejan un margen amplio para la experimentación local. Las sociedades aprenden de sus propios éxitos y fracasos. En particular, cada transición a la democracia se convierte en el campo de pruebas para más y más adaptaciones creativas de políticas diseñadas para producir procesos sociales de verdad, justicia y reconciliación. Por ejemplo, las comisiones de la verdad son un instrumento frecuentemente utilizado, especialmente cuando las violaciones de derechos humanos se han caracterizado por la negación, la decepción o el silencio impuesto. Son útiles cuando el gran número de violaciones individuales exigen un esfuerzo concertado y bien organizado para encontrar y revelar la verdad. Es importante señalar que la verdad que se va a establecer y de la que se va a informar no es simplemente una explicación general sobre cómo funcionó el sistema. También son necesarias las “verdades” individualizadas sobre el destino y paradero de todas las víctimas y sobre las circunstancias que les han conducido a su actual situación.

---

6 Juan E. Méndez, “Accountability for Past Abuses,” *Human Rights Quarterly* 19 (Mayo 1997), pág. 271.

Algunos legisladores, deseosos de “hacer algo” pero temerosos de las consecuencias de procesar a los demandados todavía poderosos, pueden sucumbir a la tendencia de contemplar las comisiones de verdad como sustitutas de la justicia. Muchos gobiernos encontrarán conveniente publicar un informe y esperar a que se diluya la cuestión de las violaciones del pasado. Si se establece una comisión de la verdad con el propósito de evitar la tarea indispensable de hacer justicia, ésta no tendrá credibilidad alguna desde el principio. Las comisiones de la verdad son importantes en su justa medida, pero funcionan mejor cuando se conciben como un componente clave de un proceso holístico de narración de la verdad, de la administración de justicia, de la reparación y de la reconciliación final. Estas cuatro obligaciones distintas se deben cumplir de buena fe. No son un “menú” de alternativas. Aunque son elementos independientes, merecen que se las trate como partes integrales de un compromiso general con la responsabilidad.

Ésa es la razón por la cual ni se pueden ni se deben evitar los procesamientos penales relativos a los crímenes más atroces contra los derechos humanos. Los procesos suelen ser la parte más difícil de cualquier política de responsabilidad por muchas razones, en especial porque resulta esencial que se lleven a cabo bajo el más profundo respeto a las garantías procesales y al derecho a un juicio justo. Puede suceder que un país necesite reconstruir su maltrecho poder judicial para garantizar un juicio justo y que, simultáneamente, intentar llevar a cabo los procesos con un poder judicial sin experiencia constituya una receta para un fracaso seguro. Ahora bien, las sociedades democráticas recientes necesitan un poder judicial independiente y los procesamientos por crímenes del pasado también pueden ser la ocasión para que los tribunales que están intentando de buena fe convertirse en el poder judicial de un estado democrático reciente establezcan su credibilidad. En estos casos, quizás el tiempo dedicado por una comisión de la verdad a reunir pruebas para sus propios objetivos se pueda utilizar en apoyo del poder judicial, de modo que los juicios puedan llevarse a cabo en una etapa posterior. El proceso de investigación de una comisión de la verdad puede constituir incluso un buen punto de partida para procesamientos exitosos.

## **EL CASTIGO COMO INSTRUMENTO POLÍTICO**

Se podría argumentar que el castigo es necesario para impedir que se repita en el futuro el legado de violaciones masivas de los derechos humanos contra los que las sociedades deben enfrentarse. Sin embargo, la prevención no es la mejor justificación para una política de responsabilidad. El periodo carcelario puede evitar que los mismos violadores repitan sus actos pero, de hecho, solamente en raras ocasiones, el mismo autor tendrá ocasión de repetir sus delitos. Otro argumento afirma que castigar a unos autores puede impedir que otros cometan hechos similares en el futuro. El problema de esta teoría es que confía demasiado en predicciones sobre el comportamiento racional de personas dispuestas a cometer actos irracionales. Además, muchos son los factores que intervienen en esas decisiones, además de la posibilidad del castigo final. Cuanto podemos decir al respecto es que la intervención rutinaria de los tribunales y la aplicación del Derecho pueden tener ese efecto preventivo. Sin embargo, se espera además que, al romper el ciclo de impunidad, los juicios y condenas de los responsables pesarán sobre las cabezas de aquellos tentados de cometer nuevas violaciones en el futuro.

De acuerdo con esto, los escépticos de los tribunales penales internacionales se preocupan porque su mera existencia pueda desalentar a los dictadores a abandonar el poder si saben que serán procesados tan pronto como lo hagan. El argumento es tan viejo como Nuremberg. El juez Robert H. Jackson, al defender los procesos de Nuremberg, se

pronunció a favor de aspiraciones más modestas que la finalidad de prevención, porque sabía que “el castigo personal, que se va a sufrir solamente en el caso de que se pierda la guerra, no es probablemente una medida disuasoria suficiente para impedir una guerra donde los actores creen que las posibilidades de perder son insignificantes.”<sup>7</sup> Martha Minow ha escrito: “Es improbable que los individuos que cometen atrocidades a escala de un genocidio se comporten como ‘agentes racionales’, disuadidos por el riesgo del castigo. Y aunque así fuese, no es irracional ignorar la improbable posibilidad de castigo dado el historial del Derecho internacional hasta el presente.”<sup>8</sup> Aunque no podemos estar seguros de que el castigo sirva para prevenir, está claro que la situación actual, dominada por la posibilidad de impunidad, no ofrece garantías de que los criminales dejen de cometer delitos de forma voluntaria. De hecho, algunos argumentan que la impunidad hace que sea más probable que se cometan nuevos delitos.<sup>9</sup>

Si la única justificación para los procesos penales fuera la prevención, los autores y legisladores que se pronuncian en su contra podrían argumentar que, en unas circunstancias dadas, una política de perdonar y olvidar consigue mejor la prevención. Éste fue el argumento fundamental de las políticas de “perdonar y olvidar” defendidas por algunos en las transiciones de Latinoamérica a la democracia. Una versión de esta postura defendía que solamente los nuevos líderes democráticos de aquellos países estaban en condiciones de saber lo que mejor convenía a sus sociedades, para que los miembros de la comunidad internacional no pensarán en alternativas. De hecho, todo lo que los líderes locales podían decir en esas circunstancias era que los poderosos estamentos militares probablemente tolerarían, al principio, gobiernos civiles débiles siempre que no se intentase llevar sus actos ante la justicia. La clase de paz que se consigue por medio de este acto de apaciguamiento se parece poco a la verdadera reconciliación. De modo similar, un gobierno constitucional débil al que solamente se le permite operar siempre que reconozca sus propios límites *de facto* tampoco se parece mucho a una democracia o a un Estado de Derecho. El argumento, pues, de que la prevención de futuras violaciones se puede conseguir ignorando las heridas abiertas del presente convierte a la política de apaciguamiento de los violadores en una manifiesta y vergonzosa cesión al chantaje.<sup>10</sup>

En definitiva, la prevención no es por sí misma una justificación adecuada para una política de responsabilidad. Las razones por las que las sociedades castigan actos antisociales son otras, aunque con los procesos realmente esperan obtener un efecto preventivo. Las sociedades castigan estos crímenes por respeto a las víctimas, especialmente si las víctimas pertenecen a los estamentos más vulnerables e indefensos de la sociedad. En el acto del castigo, una sociedad decente demuestra que ninguno de sus miembros es insignificante o desechable y que no se tolerarán los delitos en contra de su inherente dignidad humana.<sup>11</sup> Al mismo tiempo, las sociedades castigan estos actos para mostrar la importancia que confieren a las normas que prohíben la tortura, las desapariciones, la violación y el asesinato.<sup>12</sup> En las nuevas sociedades democráticas que estamos intentando construir, estas violaciones no pueden quedar impunes.

---

7 Citado en Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Boston, Beacon Press, 1998, pág. 50.

8 Ibid.

9 Kenneth Roth ofrece un persuasivo argumento a este propósito, relativo a las sucesivas amnistías en Haití. Cfr. “Human Rights in the Haitian Transition to Democracy,” en Carla Hesse y Robert Post (eds.), *Human Rights and Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Cambridge, Mass., Zone Books, 1999, págs. 93-131.

10 Ver Margaret Popkin y Nehal Bhuta, “Latin America Amnesties in Comparative Perspective: Can the Past Be Buried?”, *Ethics & International Affairs* 13 (1999), págs. 99-122.

11 Aryeh Neier, “Prosecutions: Who and for What? Four Views,” en Alex Boraine et al. (eds.), *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, Ciudad del Cabo, Institute for Democratic Alternatives in South Africa, 1994, pág. 99.

12 Marcelo Sancinetti, *Los Derechos Humanos en la Argentina Post Dictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988.

La pesada herencia de los abusos recientes requiere que los nuevos estados democráticos actúen al respecto: si se permite que reine la impunidad, puede que el sistema político que se está construyendo sea democrático en términos formales pero carecerá del ingrediente esencial de la responsabilidad.<sup>13</sup> Si prevalece la impunidad por delitos atroces en esta primera etapa, ¿qué impedirá que se mantenga en las violaciones ordinarias de las leyes cometidas en el presente y en el futuro por los representantes del estado? Las sociedades democráticas no son simplemente aquellas donde deciden las mayorías, sino también aquellas donde a los ciudadanos más vulnerables se les valora como miembros de la comunidad y se respeta su dignidad. El estado de derecho no se debería construir sobre la inaceptable base de que algunos crímenes atroces son perdonables si los cometen hombres vestidos de uniforme. Si la impunidad invade el nuevo escenario, hace que sea más difícil que las presentes y futuras generaciones tengan fe en la democracia y en el Estado de Derecho.

Estos problemas, que atañen a la calidad de la democracia que se quiere construir, se agravan cuando la finalidad es también acabar con un conflicto armado, especialmente si posee connotaciones étnicas. Si a los autores conocidos se les permite permanecer en posiciones de autoridad, el estigma que merecen sus acciones se transfiere a las comunidades a las que ellos pertenecen. De este modo, se culpabiliza a comunidades completas por equivocaciones del pasado, en ocasiones habiendo ya transcurrido generaciones, de modo que nunca se produce la reconciliación verdadera entre los grupos étnicos.<sup>14</sup> Por el contrario, la investigación, el procesamiento y el castigo de los líderes irresponsables que explotan la tensión étnica para beneficiarse políticamente separan a los malhechores de la comunidad en cuyo nombre se cometieron los crímenes. En consecuencia, la búsqueda de la paz entre dos facciones enfrentadas se debe guiar por estos objetivos a largo plazo y no simplemente por la necesidad más inmediata de persuadir a los actores de que depongan las armas. Una promesa de impunidad bien podría llevar a un alto el fuego, pero sólo se puede construir una paz duradera sobre la base de la verdad, la justicia y una reconciliación auténtica.

José Zalaquett sostiene que una política relativa al pasado tiene dos condiciones de legitimidad: que se conozca y revele toda la verdad y que cualquier medida de castigo a la que se llegue respete las garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional de los derechos humanos. A su juicio, el principal objetivo de estas medidas es conseguir la reconciliación. Aunque el castigo bien puede servir a ese objetivo, en algunas circunstancias sería más útil una gran medida de clemencia.<sup>15</sup> Zalaquett señala correctamente que la reconciliación requiere algunos gestos e iniciativas políticas de todas las partes implicadas y sólo puede obtenerse tras un proceso que implica enfrentarse con el pasado reciente de forma honesta y sincera.

Zalaquett tiene obviamente razón al exigir que las políticas de responsabilidad se conformen con ciertas reglas estrictas que denomina “condiciones de legitimidad”. Una de ellas es, en efecto, el escrupuloso respeto a las garantías procesales, porque ni los actores nacionales ni los internacionales se deberían embarcar en políticas que supongan por sí mismas la violación de principios fundamentales de derechos humanos. Parafraseando este *sine qua non* de un modo más amplio, una amnistía general no puede

---

13 Phillippe Schmitter y Terry Karl, “What Democracy Is . . . and Is Not”, *Journal of Democracy* 2, 3, (1991); Guillermo O’Donnell, “Further Thoughts on Horizontal Accountability”, Notre Dame, Ind., Kellogg Institute, 2000; mimeógrafo.

14 Richard Goldstone, citado por Lawrence Wechsler en “Inventing Peace”, *The New Yorker* (20 de noviembre de 1995), pág. 64.

15 José Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments”, págs. 42-43.

formar parte de una política legítima de reconciliación nacional. Las amnistías generales e incondicionales han sido declaradas violaciones de las normas internacionales sobre derechos humanos. Por lo tanto, una amnistía general significa sumar intolerablemente una nueva violación a las ya cometidas.<sup>16</sup>

Explicado en términos más positivos, una política que afronte el pasado es necesaria, si no suficiente, para obtener la reconciliación. Dicha política debe incluir también —de forma simultánea o en etapas— reparaciones para las víctimas y la pretensión de inhabilitar a los autores conocidos de abusos contra los derechos humanos, tanto para prestar servicio en las fuerzas armadas y de seguridad como para ocupar cargos con facultades decisorias dentro del nuevo régimen democrático. Esto se puede conseguir por medio de la narración de la verdad o de procesamientos, aunque probablemente la mejor política debería incluir a ambas. Ciertamente, el objetivo es reconocer la situación apremiante de las víctimas y ofrecerles una compensación, pero de tal modo que permita a las comunidades avanzar hacia un futuro menos adverso. No se trata tanto de que la política, para ser exitosa, tenga que resolver de una vez por todas las interpretaciones conflictivas de la historia; más bien, deberá establecer una base de hechos que no se pueden negar honestamente. Las interpretaciones de la historia pueden proceder por encima de esos hechos ampliamente acordados.<sup>17</sup> En cierto sentido, el esfuerzo se dirige hacia la tarea inevitable de acabar con “mentiras inaceptables”, como la negación del Holocausto o como las afirmaciones de que los desaparecidos se escaparon con otras mujeres o que nunca hubo tortura.<sup>18</sup> Que el establecimiento de hechos innegables se consiga más fácilmente por medio de una comisión de la verdad, procesamientos o ambos depende del contexto y de las circunstancias de cada país.

Que los procesamientos son, en la mayoría de las situaciones, deseables no quiere decir que no haya espacio para la clemencia en una política de responsabilidad. Se puede incorporar una medida de perdón cuando la política alcanza los objetivos de verdad, justicia y reconciliación, e incluso como instrumento para obtener la cooperación de algunos actores en orden a su consecución. Lo intolerable es situar al “perdón oficial” por encima de otras consideraciones y permitir que la clemencia impida la verdad, la justicia y la reconciliación. El perdón que permite que los autores continúen en sus puestos de poder e influencia y que impide que se revele la verdad no es perdón: es impunidad.

Está claro que el estado democrático reciente es el principal actor a la hora de ejecutar una política de responsabilidad. Las autoridades nacionales tienen la principal responsabilidad de afrontar el pasado y también tienen la más amplia posibilidad de elección entre instrumentos políticos. Solamente están limitadas por los principios generales señalados arriba (incluidas las obligaciones de las leyes humanitarias internacionales y de derechos humanos) y por la necesidad de actuar democráticamente consultando con sus sociedades civiles. La acción internacional es legítima solamente cuando los Estados fracasan en mantener estas obligaciones.

El mundo exterior —los tribunales que ejercen jurisdicción universal, los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, finalmente, el TPI— está preparado para ofrecer reparaciones a las víctimas si el estado nacional fracasa en hacerlo adecuadamente. La idea de que tales factores externos pueden poner un límite objetivo a la habilidad de las democracias recientes para decidir por sí mismas cuánta justicia y cuánta clemencia hay que aplicar a los legados de un pasado represivo

---

16 Intercambio entre José Zalaquett y Kenneth Roth en el Seminario sobre Justicia Transicional organizado por el Aspen Institute, Wye River Centre, Md., 10-12 de noviembre de 2000.

17 Mark Osiel, “Legal Remembrance of Administrative Massacre”, *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1995), págs. 463-680.

18 Esta reflexión pertenece a Michael Ignatieff.



se ha encontrado, por supuesto, con el discurso hostil de las autoridades elegidas libremente que consideran estas decisiones un atributo esencial de su soberanía.<sup>19</sup> Por otra parte, las víctimas y grandes segmentos de la población civil de estos países acogen con entusiasmo la posibilidad de un procesamiento extraterritorial porque estrecha la eficacia de los sistemas de impunidad locales y puede forzar al poder local a cumplir de forma más estricta su obligación de buscar la verdad y la justicia. Si se compara un procesamiento extraterritorial con la impunidad total, como la que disfrutó Pinochet en Chile antes de su mal aconsejado viaje a Londres, la solución parece bastante simple: los tribunales extranjeros tienen la posibilidad legítima de demandar la jurisdicción porque algunos crímenes no pueden quedar impunes. Puede que otros casos no sean tan sencillos, especialmente si la comunidad nacional ha realizado efectivamente un esfuerzo de buena fe para restaurar la justicia y proporcionar acciones legales a las víctimas. Los principios jurídicos, éticos y políticos desarrollados durante estos últimos años en varias experiencias de justicia transicional también pueden ofrecer una orientación para determinar cuándo la comunidad internacional se debe abstener de entorpecer los planes locales.

## EL FIN DE UN CONFLICTO ARMADO COMO CASO ESPECIAL

La necesidad de poner fin a un conflicto armado añade una dimensión especial –y urgente– al enfrentamiento con el pasado. Significativamente, se trata de situaciones en las que se solicita al mundo exterior, a través de instituciones como la Organización de Naciones Unidas, que ponga paz y, por lo tanto, que tenga algo que decir sobre sus condiciones. Una promesa de amnistía incondicional se podría considerar un paso necesario a la hora de persuadir a las partes para que abandonen la lucha armada, pues si de lo que se trata es de que las partes en conflicto lleguen a un proceso político pacífico, éstas necesitan garantías de que no serán procesadas.

De hecho, el Derecho internacional parece apoyar las amnistías en situaciones de conflicto interno: el Protocolo adicional II, de 1977, a las Convenciones de Ginebra (el cuerpo de derecho de la guerra aplicable a conflictos de naturaleza no internacional) prescribe que, al final de las hostilidades, las partes se concederán una amplia y generosa amnistía.<sup>20</sup> Sin embargo, esta norma no persigue la finalidad de fomentar la impunidad de los crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad cometidos durante el conflicto, y no cabe interpretarla razonablemente como tal. El Comité Internacional de la Cruz Roja, como intérprete más autorizado del derecho de la guerra, considera que la amnistía establecida por el Protocolo II se refiere a los delitos domésticos de rebelión y sedición y a otras transgresiones relativamente menores del derecho humanitario internacional, y que los crímenes de guerra más graves no deben de estar sujetos a una amnistía.<sup>21</sup>

---

19 Véase, por ejemplo, la activísima diplomacia del gobierno democrático de Chile para traer de vuelta al General Pinochet e impedir su extradición a España. De modo significativo, todas las democracias latinoamericanas expresaron públicamente su solidaridad con Chile sobre este asunto, aunque se distanciasen del historial de abusos contra los derechos humanos cometidos por Pinochet.

20 Art. 6(5), *Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, 7 de junio de 1977.

21 Carta de Toni Pfanner, director de la División Jurídica, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, a Douglas Cassel, de 15 de abril de 1997, citado en Douglas Cassel, “Lessons from the Americas: Guidelines to International Response to Amnesties for Atrocities”, en M. Cherif Bassiouni y Madeline H. Morris (eds.), “Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights”, *Duke University Review of Law and Contemporary Problems* 59 (Otoño 1996), pág. 218.

En cualquier caso, en modo alguno puede existir la certeza de que las partes en conflicto abandonen la lucha a menos que se les prometa la amnistía. En varios conflictos recientes en los que intervinieron las Naciones Unidas se consiguió la paz sin una concesión tan grande, aunque es verdad que en todos los casos el alcance y envergadura de la amnistía fue un problema. En El Salvador, en 1992, los negociadores rechazaron la opción de una amnistía total e incondicional y, aun así, obtuvieron en un primer momento una misión de observadores civiles sobre el terreno; después, un alto el fuego; más tarde una comisión de la verdad; después una comisión *ad hoc* para determinar qué militares iban a ser inhabilitados; y, finalmente, un armisticio total. A pesar de esto, el gobierno de El Salvador aprobó unilateralmente una amnistía total inmediatamente después de la publicación del informe de la comisión de la verdad y en contra de los deseos de los tres miembros internacionales de ese órgano. Esta ley provocó una enérgica condena del Secretario General de las Naciones Unidas. Aunque el acuerdo de paz no fracasó debido a la impunidad, casi una década después pervive aún esta cuestión en El Salvador. Siguiendo las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la incompatibilidad de la ley de amnistía con las obligaciones derivadas del Tratado de El Salvador, ha habido mucha presión social para la reapertura de casos importantes, como los asesinatos de Monseñor Oscar Romero en 1980, de cuatro mujeres de la Iglesia de Estados Unidos ese mismo año y de seis jesuitas, su patrona y la hija adolescente de ésta en 1989. A finales de 2000, una decisión del Tribunal Supremo creó expectativas en torno a la posible reapertura de estos casos.

En Haití, en 1993, la misión conjunta de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos dio en algunos momentos la impresión de que presionaba al presidente legítimamente elegido, Jean Bertrand Aristide, para que prometiese una amnistía a cambio de que los usurpadores del poder le permitieran regresar. Dicho sea en su honor, Aristide se resistió. El Acuerdo de los Gobernadores de la Isla de 3 de julio de 1993, diseñado para facilitar el regreso de Aristide al poder, incluía su compromiso de aprobar una ley de amnistía, pero el alcance de esta amnistía estaría duramente limitado por la Constitución de Haití, que autoriza las amnistías para delitos políticos tales como la organización de un golpe de estado, pero no para el asesinato, la tortura o las desapariciones, que son tratados por el derecho haitiano como delitos comunes. Al final, Aristide fue restablecido en el poder mediante el despliegue de tropas americanas y de otros países sin haber concedido la amnistía general para los crímenes contra los derechos humanos. A finales del año 2000, se procesó con éxito una gran matanza cometida en el barrio bajo de Raboteau, durante el régimen de Raoul Cedras. El tribunal solicitó la extradición de Cedras y de otros líderes de la dictadura militar más reciente de Haití.

En Guatemala, en diciembre de 1996, las Naciones Unidas negociaron de nuevo con éxito un acuerdo histórico de paz para acabar con la guerra que padeció el país durante treinta y siete años. La ley de amnistía fue la última cuestión que se resolvió antes de la ceremonia final de firma. A causa de la firme posición adoptada por las Naciones Unidas, y de las peticiones de diferentes organizaciones nacionales de derechos humanos, la ley de amnistía constituyó un hito histórico. Fue la primera de Latinoamérica que excluye categorías de delitos que el Derecho internacional reconoce como genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra de humanidad. Por esa razón, los escasos procesamientos que ya se habían iniciado sobrevivieron a la amnistía. La Comisión de Clarificación Histórica auspiciada por Naciones Unidas emitió un informe firme y autorizado que no dudó en calificar como genocidio los crímenes contra la mayoría indígena. Una vasta mayoría de casos de esa guerra sangrienta permanece enfangada en la impunidad *de facto*, aunque se está consiguiendo un avance lento por medio de la presión de las familias de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos guatemaltecas.

En 1993, la cuestión de la amnistía constituyó un punto importante de contención durante las conversaciones de Dayton para acabar con el conflicto en la antigua Yugoslavia. Hubo incluso intentos serios de clausurar el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, que por aquel entonces apenas había comenzado a funcionar. Afortunadamente, prevalecieron posturas más razonables, y los líderes más destacados de las campañas de “limpieza étnica”, Radovan Karadzic y Ratko Mladic fueron excluidos de las negociaciones. Esto no solamente no fue un obstáculo para la consecución de la paz, sino que la mayoría de los observadores coincidían en que hacer que Karadzic y Mladic tuviesen un estatus de prisioneros virtuales en su propio territorio era crucial para reducir su influencia y control de sus fuerzas armadas, lo que al final hizo posible la paz.

Recientemente, en 1999, se ha firmado una amnistía general como condición de paz en el cruel conflicto de Sierra Leona ante la insistencia del líder rebelde Foday Sankoh. Siguiendo las instrucciones de Nueva York, el mediador de Naciones Unidas efectuó una declaración pública en el sentido de que la ONU no toleraba los amplios e incondicionales términos de la amnistía, por considerar que violaban el Derecho internacional. Al final, ese acuerdo no acabó con la guerra, ya que los rebeldes continuaron luchando y cometiendo atrocidades. En la búsqueda de nuevas posibilidades para la paz en Sierra Leona, ahora está bastante claro que no se tendrá en cuenta la posibilidad de una amnistía. Este ejemplo muestra la necesidad de considerar detenidamente todos los aspectos relativos a los derechos humanos en un tratado de paz y habla en contra de la oferta superficial de garantías de ausencia de procesamientos como un modo de conseguir la paz.<sup>22</sup>

Finalmente, los negociadores internacionales deben tener en cuenta que la posibilidad de ofrecer una amnistía a las facciones enfrentadas como aliciente para que depongan las armas es, en el mejor de los casos, un arma de doble filo. Puede alentar a los combatientes a insistir en conseguir mejores condiciones, incluyendo la impunidad por sus crímenes; y, en sentido contrario, si el Derecho internacional y la política de una agencia conciliadora internacional como Naciones Unidas excluyen la garantía de amnistía en el caso de crímenes atroces, esa opción desaparece efectivamente de la mesa de negociaciones y las partes en conflicto no pueden incluirla en ellas.

## JURISDICCIÓN UNIVERSAL, TPI Y LOS LÍMITES DE LA CLEMENCIA

Los ejemplos de la sección anterior muestran que las amnistías amplias y las garantías de inmunidad ante los procesamientos no son necesarias para la obtención de la paz, y que pueden incluso resultar contraproducentes para conseguir ese objetivo. En el futuro, cualesquiera que sean las circunstancias, la posibilidad de incluir garantías efecti-

---

22 De esta amnistía surge una interesante cuestión jurídica. Sin duda, Foday Sankoh y sus cómplices la utilizarán como defensa en contra de futuros procesamientos, en Sierra Leona o en el extranjero. Se puede construir el firme argumento jurídico de que es nulo tanto en el Derecho nacional como en el internacional no solamente por ser contrario a los principios emergentes discutidos en este ensayo sino también porque era condición de su validez el sometimiento de los rebeldes a las obligaciones que asumieron en el acuerdo de paz y después pronto ignoraron. En octubre de 2000, las Naciones Unidas establecieron esta cuestión con respecto al tribunal híbrido que se está formando y que tendrá jurisdicción tanto para delitos internacionales como para algunos delitos domésticos. Se aplicará la amnistía solamente a los últimos. Ver Michael Scharf, “The Special Court for Sierra Leone,” *ASIL Insight*, Octubre 2000; disponible en la página Web de la American Society of International Law en [www.asil.org/insigh53.htm](http://www.asil.org/insigh53.htm).

vas de esa clase en las negociaciones de paz se verá seriamente restringida. Como hemos visto, la comunidad internacional —a través de los esfuerzos pacificadores de Naciones Unidas— ha desarrollado una doctrina sobre este tema, coherente con una interpretación correcta de los principios del Derecho internacional. Además, la comunidad internacional ha dado pasos decididos en la dirección de asegurar que realmente se haga justicia cuando se produzca un genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Consejo de Seguridad ha creado dos tribunales *ad hoc* (para la antigua Yugoslavia y Ruanda) y puede que pronto cree otros dos o, posiblemente, tres (para Timor Oriental, Sierra Leona y Camboya).<sup>23</sup> El TPI para la ex-Yugoslavia y el TPI para Ruanda están dotados de primacía de jurisdicción, de modo que las leyes domésticas de clemencia (amnistías o perdones) e incluso los “procesamientos farsa” iniciados para evitar que procesos serios no producen efecto alguno en relación con los casos que eligen juzgar.

Otra importante limitación de los sistemas de clemencia doméstica surge con la repentina importancia de la jurisdicción universal como resultado del caso Pinochet. El caso empezó en España con un proceso llevado a cabo por el juez Baltasar Garzón basado en una amplia lectura de la ley procesal y jurisdiccional española, apoyada de forma unánime por la Audiencia Nacional, el tribunal con competencia en la materia.<sup>24</sup> La orden de detención ignoró, a propósito, el decreto de autoamnistía aprobado por Pinochet en 1977 por ser contrario al Derecho internacional y, en virtud de ello, incluyó a muchos cargos públicos que en Chile habrían estado cubiertos por esa amnistía general. Finalmente, los *Law Lords* no fallaron con base en la validez de la ley de amnistía de Chile como impedimento legal a la extradición porque esos delitos y muchos otros que no estaban cubiertos por la amnistía se dejaron a un lado utilizando otros argumentos.<sup>25</sup> De forma significativa, las otras tres jurisdicciones europeas que solicitaron la extradición de Pinochet también ignoraron el decreto de autoamnistía.

El precedente de Pinochet ha dado lugar a otras acciones en Senegal (procesamiento del dictador Hissein Habre del Chad), México (arresto de un oficial de la marina argentino e iniciación de los procedimientos de extradición de acuerdo con una solicitud del juez Garzón), Italia (arresto de un oficial del ejército argentino de acuerdo con una solicitud de extradición de Francia) e incluso en Estados Unidos (breve detención de un miembro de la inteligencia peruana al que posteriormente se le permitió regresar a su país debido a la inmunidad aneja a su visado temporal). En la mayoría de estos casos, así como probablemente en otros futuros, los acusados intentarán recurrir a una ley doméstica de clemencia y solicitarán que sea respetada por el resto del mundo. Es improbable que prosperen utilizando esos fundamentos, especialmente si esas leyes de amnistía consisten en amnistías generales de la naturaleza que prohíbe el Derecho internacional.

De forma aún más decisiva, el Estatuto de Roma para un Tribunal Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, establece más restricciones a la futura

---

23 En Sierra Leona la opción híbrida ha consistido en establecer un tribunal de jurisdicción doméstica con apoyo internacional y cierta participación de la Naciones Unidas. Michael Scharf, “The Special Court for Sierra Leone”. Parece que se está negociando algo parecido para Camboya.

24 Aunque al comienzo del proceso dirigido por Garzón se incluyeron españoles como víctimas, la ley jurisdiccional española no es una ley que atribuya competencia por razón de las personas, sino una ley de “jurisdicción universal” verdadera, lo que quiere decir que Garzón tenía jurisdicción cualquiera que fuese la nacionalidad de las víctimas. De hecho, el caso se amplió más tarde para incluir a muchas víctimas no españolas y la orden de búsqueda y captura de Pinochet surgió de las pruebas en poder de Garzón relativas a la Operación Cóndor, cuyas víctimas no tenían nacionalidad española.

25 Fueron excluidas en virtud del principio de doble incriminación del Derecho de extradición, puesto que los *Law Lords* resolvieron que la tortura extraterritorial (a diferencia de la tortura en sí) no fue delito en el Derecho británico hasta 1988, cuando se ratificó y aplicó la Convención contra la Tortura.

efectividad de amnistías y perdones.<sup>26</sup> La misma adopción histórica de este tratado significa que la comunidad internacional tiene la voluntad de no permitir la impunidad del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. A diferencia del TPI para Yugoslavia y del TPI para Ruanda, el TPI no tiene primacía de jurisdicción sobre los tribunales domésticos que ejercen la competencia territorial, personal o internacional. Al mismo tiempo, el TPI sólo tendrá competencia para conocer de los asuntos acaecidos a partir de la fecha en la que el tratado entre en vigor (una vez ratificado por parte de sesenta Estados). Aun así, como expresión de un acuerdo muy amplio entre las naciones que participaron en el proyecto, el Estatuto de Roma es una muestra autorizada del estatus que ostenta esta cuestión en el Derecho internacional. En este sentido, el Estatuto de Roma es muy claro a la hora de establecer rotundamente la responsabilidad del propio TPI para decidir si una amnistía doméstica debe ser obstáculo para un procesamiento y si cualquier procesamiento o condena domésticos son un esfuerzo de buena fe que deberían desencadenar el principio de *ne bis in idem*.

Lo que se puede asegurar es que el Estatuto de Roma; la futura existencia del TPI; la creación de tribunales *ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; y la proliferación de leyes de jurisdicción universal en los países firmantes de tratados multilaterales que lo prescriben<sup>27</sup>, tienen el saludable efecto de reducir la validez de amnistías y perdones amplios, aun cuando tales amnistías son necesarias para poner fin a un conflicto armado. De hecho, todas ellas urgirán a los negociadores y a los actores domésticos a buscar fórmulas que logren la verdadera reconciliación mientras respeten la inherente dignidad de las víctimas de abusos de derechos humanos.

## DIRECTRICES PARA EL RESPETO DE LOS ACUERDOS LOCALES

El TPI y los tribunales que ejercen la jurisdicción universal no deberían olvidar *ipso iure* los acuerdos locales que incluyan alguna forma de clemencia. Sólo podemos afirmar, con un alto porcentaje de certeza, que las leyes o decretos locales cuyo efecto sea el de crear “una atmósfera de impunidad” (palabras utilizadas de forma repetida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) no disfrutarán de ninguna deferencia. Pero está bastante claro que incluso las sociedades que se comprometen a hacer un esfuerzo de buena fe para enfrentarse con el pasado con el debido respeto hacia la situación apremiante de las víctimas y hacia los principios del Derecho internacional, tendrán que incorporar con frecuencia alguna forma de clemencia. El ejemplo más interesante es Sudáfrica y su Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR). La ley del Parlamento que creó la CVR escogió de forma acertada evitar el camino de una amnistía general. En su lugar, se ofreció a los responsables de abusos de todas las partes “inmunidad” para no ser procesados, pero bajo la condición de que contribuyesen a

---

26 *Rome Statute for an International Criminal Court*, UN Doc. A/CONF.183/9, Roma, 17 de julio de 1998. El estatuto ha sido firmado por 135 países y ratificado (en febrero de 2001) por 28 países. Se necesitan sesenta ratificaciones para que el estatuto entre en vigor.

27 Convención para la prevención y el castigo del delito de genocidio, 78 *UNTS* [Tratados de las Naciones Unidas], pág. 277, en vigor desde el 12 de enero de 1951; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1465 *UNTS*, pág. 85, en vigor desde el 26 de junio de 1987; Convención interamericana sobre desapariciones violentas de personas, adoptada en Belem do Pará el 9 de junio de 1994, y en vigor desde el 28 de marzo de 1996, reimpr. en 32 *ILM* [Internacional Legal Materials] (1994), pág. 1529.

esclarecer los sucesos y el destino y paradero de las víctimas. Se iba a conceder la inmunidad a condición de que fuesen veraces y solamente con respecto a los delitos que los sospechosos confesarán. La garantía de inmunidad fue decidida por un panel especial de la CVR formada por jueces solamente después de oír a aquellas víctimas que eligieron oponerse a ella. Al final del proceso, muchos delitos de la época del *apartheid* quedaron impunes; por otra parte, solamente unos cuantos autores están protegidos ahora por la inmunidad conferida por la CVR, existiendo la posibilidad de procesar a todos los demás.

Es fácil comprobar la enorme diferencia que existe entre una amnistía general y la opción elegida por Sudáfrica. Las amnistías generales del tipo utilizado normalmente en Latinoamérica producen el efecto de impedir interrogatorios a los sospechosos, investigaciones o reunión de pruebas sobre los sucesos que abarcan. También producen la inmediata supresión de condenas y la liberación de aquellos que fueron condenados junto con la finalización de los procesos pendientes y la liberación de cualquiera que esté esperando juicio. No requieren ningún acto de arrepentimiento o remordimiento ni ninguna expiación de los presuntos autores. Y son un serio obstáculo para el descubrimiento y la revelación de la verdad que rodea a los delitos atroces que, como las desapariciones, condenan a las familias a la interminable pena de no saber lo que sucedió a sus seres queridos.<sup>28</sup>

Cada vez más, las sociedades que se enfrentan con el pasado tienen que afrontar el enorme desafío que representan los procesamientos reales. En mayor o menor medida, todos los países que salen de la pesadilla de la represión, el genocidio o los crímenes de guerra tendrán graves deficiencias en su administración de justicia. Con base en consideraciones de justicia, también se requerirá efectuar distinciones entre los diferentes niveles de complicidad y responsabilidad. En algunos casos, las comunidades recurrirán al Derecho consuetudinario y a las prácticas tradicionales para tomar parte en tentativas de “justicia regeneradora”. Como en Sudáfrica, habrá nuevas ocasiones en las que puede que se cierre un trato razonable, ofreciendo alguna forma de clemencia a cambio de información que satisfaga el derecho a la verdad o, quizás, que conduzca al procesamiento y castigo de más culpables.

La cuestión que surge, pues, es cuánta deferencia debe la comunidad internacional a esos acuerdos domésticos que incluyen alguna forma de clemencia. Justo en este momento, esta cuestión es más o menos abstracta y filosófica pero, tarde o temprano, se necesitará tomar decisiones jurídicas, cuando los tribunales que ejercen la jurisdicción universal o admiten solicitudes de extradición y, finalmente el TPI, se enfrenten con el desafío jurídico que suponen estos acuerdos.

No es sólo la cuestión de quién toma la decisión sino de qué conjunto de criterios objetivos la rigen. Por lo que respecta al primer punto, los gobiernos que han inten-

---

28 No es sorprendente que, en países como Chile, Argentina y Uruguay, los tribunales hayan empezado a interpretar estrictamente estas leyes para hacer efectivos los principios del Derecho internacional. Por ejemplo, los jueces continuarán los interrogatorios y las investigaciones hasta que los hechos establezcan claramente si se puede aplicar la amnistía. Las desapariciones se consideran “delitos irresueltos” cuyos efectos sobreviven a la amnistía, al menos hasta que se establezcan fidedignamente la muerte de la víctima y sus circunstancias. Los tribunales también instruyen procedimientos de investigación de los hechos para hacer efectivo el “derecho a la verdad” como una de esas obligaciones emergentes del Estado, aun cuando al final no sea posible ningún castigo. Ver Felipe Michelini, “El largo camino de la verdad”, *Revista IIDH* 24 (julio/diciembre 1996), págs. 157-72; Martín Abregú, “La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina”, *Revista IIDH* 24 (julio/diciembre 1996), págs. 11-47; Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en Martín Abregú y C. Courtis, eds., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto-CELS, 1997; Méndez, “Accountability for Past Abuses”.

tado alguna forma de reconocimiento y aceptación del pasado argumentarían que sólo ellos deberían decidir si las intervenciones externas son útiles o, incluso, si están justificadas. Esta es la posición adoptada por el gobierno democrático de Chile (que difiere de la adoptada por el equipo de defensores de Pinochet) al presentar alegaciones ante los tribunales británicos en contra de la extradición del general a España. Dicho sea en su honor, su éxito en llevar de regreso a Pinochet a Chile no se fundó en la soberanía del Estado chileno, sino en la capacidad y voluntad de Chile de procesar esos delitos. El argumento no pareció convincente en aquel momento, puesto que habían pasado diez años de democracia durante la cual Pinochet había disfrutado de una impunidad total. Pero para sorpresa de muchos escépticos (incluido este autor), la rueda de la justicia ha empezado a moverse incluso en contra de Pinochet desde su regreso a Chile.

En general, se deberían considerar con detenimiento las opiniones de un gobierno que ha hecho esfuerzos de buena fe en cuanto a la responsabilidad. Sin embargo, la decisión debería corresponder a los tribunales que ejercen la jurisdicción universal y, finalmente, al TPI. Si estas formas de justicia internacional se contemplasen como simples foros de conveniencia para los Estados nacionales del acusado, su eficacia podría verse gravemente comprometida. Esa es la razón por la cual el Estatuto de Roma dejó, con acierto, que la última decisión sobre jurisdicción la tomase el propio TPI, aunque también con acierto, estableció un procedimiento a través del cual se tramitarán todas las pretensiones sobre jurisdicción.

En este punto, al menos, la cuestión de los criterios bajo los cuales se ejercerá la jurisdicción del Tribunal universal o internacional se rige solamente por el principio de complementariedad, cuyo significado y alcance provocó un fuerte debate en las discusiones que condujeron al Estatuto de Roma de 1998.<sup>29</sup> La complementariedad es, esencialmente, el principio de que la jurisdicción del TPI es subsidiaria de la de los tribunales nacionales pertinentes. El tratado deja claro que el TPI será el último árbitro de la complementariedad, después de oír todas las alegaciones presentadas sobre jurisdicción. El TPI posee también la facultad de decidir qué importancia dar, si es que se le debe dar alguna, a las amnistías domésticas o procesamientos domésticos por los mismos delitos. El principio general de complementariedad informa asimismo la norma sobre admisibilidad contenida en el art. 12 del Estatuto.<sup>30</sup> El TPI está obligado a admitir la jurisdicción doméstica a menos que el correspondiente tribunal nacional no tenga la voluntad o sea incapaz de procesar al potencial acusado.<sup>31</sup> El TPI también está vinculado por el principio *ne bis in idem*, a menos que el procesamiento doméstico sea o haya sido un fraude destinado a ayudar al acusado a evitar la acción de la justicia.<sup>32</sup> Estas directrices generales son apropiadas pero, finalmente, el TPI tendrá que desarrollar criterios más detallados en su jurisprudencia, en especial si se enfrenta a acuerdos locales que no sean descaradamente injustos. Cuando llegue el momento, el tendrá que juzgar cada caso basándose en los principios del Derecho internacional sobre derechos humanos mencionados anteriormente. El nivel hasta el que una sociedad ha hecho esfuerzos de buena fe para enfrentarse a su pasado se tomará en consideración a la hora de decidir si se asume la jurisdicción o si se mantienen los acuerdos locales.

29 Estatuto de Roma, art. 1. La complementariedad no se aplica al TPI para Yugoslavia ni al TPI para Ruanda, puesto que ambos disfrutaban de primacía de jurisdicción. Por la misma razón, no están vinculados a ninguna decisión doméstica sobre clemencia.

30 El Estado territorial o el de la nacionalidad del acusado deben ser partes en el tratado o haber aceptado la jurisdicción del TPI en el caso que se esté investigando.

31 "Falta de voluntad" e "incapacidad" son definidos en el Art. 17, párr. (2) y (3).

32 Art. 20 (3).

Estos criterios se aplicarán también a los procesamientos que se intenten llevar a cabo de forma extraterritorial bajo el principio de jurisdicción universal. En estos casos todavía existe una mayor presión, porque la complementariedad es aquí, en el mejor de los supuestos, una norma implícita con potencial para una amplia variedad de interpretaciones y porque los procesamientos de esta clase tienen lugar a menudo como objetivos de oportunidad. En el caso de Pinochet y en los otros mencionados más arriba, la solución podría haber sido relativamente simple dada la naturaleza ilegítima de las normas bajo las cuales los acusados disfrutaron de impunidad en sus países de origen. Pero en un futuro cercano puede que nos enfrentemos con casos en los que el deber de respetar o ignorar la clemencia local no esté tan bien definido. En ese momento, será importante pensar en estas cuestiones y aplicar las normas universales porque los errores pueden dejarse sentir gravemente sobre la credibilidad y legitimidad de los esfuerzos de la justicia internacional cuando falla la local. La amplia variedad de posibilidades de la jurisdicción universal y la complejidad de trabajar con diferentes tradiciones jurídicas hacen que sea todavía más importante determinar que en cada caso los esfuerzos están dirigidos por reglas jurídicas objetivas y a salvo lo más posible de los motivos políticos.

Un ejemplo reciente de la necesidad de estándares más objetivos es la decisión de los tribunales españoles de inadmitir una querrela contra los generales de Guatemala presentada por Rigoberta Menchú, Premio Nobel de la Paz. Si la decisión se hubiese basado en la falta de pruebas o en que la querrela no proporcionaba la información necesaria para iniciar el proceso, ésta se habría recibido de buen grado. Pero la razón esgrimida fue que no se había probado que los tribunales guatemaltecos fuesen incapaces o no tuviesen la voluntad de actuar. Sobre la base de estos fundamentos, el tribunal distinguió este asunto de los seguidos en contra de Pinochet y de varios acusados argentinos. Con esos fundamentos, sin embargo, la decisión no tiene mucho sentido. Los militares de Guatemala están protegidos por varias amnistías aprobadas por regímenes militares y civiles anteriores a 1996. Es cierto que la ley de amnistía de 1996, promulgada como parte del proceso de paz, excluye explícitamente los delitos como los presentados por la Premio Nobel ante los tribunales españoles. El poder judicial guatemalteco, sin embargo, no ha mostrado disposición alguna para investigar seriamente dichos delitos, aunque las anteriores amnistías se hayan considerado inoperantes. Por el contrario, tanto en Chile como en Argentina, existen posibilidades de que los tribunales conozcan de las mismas causas tramitadas por el juez Garzón en España. La cuestión de la impunidad *de facto* también es, discutiblemente, un problema mucho más grave en Guatemala que en Chile y Argentina.<sup>33</sup>

Este ejemplo no inhabilita por sí mismo la tentativa de utilizar los tribunales que pueden ejercer una jurisdicción universal. Sin embargo, ilustra la necesidad de tener ideas claras acerca de sus límites y propósitos. A mi modo de ver, si un país se ha esforzado en corresponder a las obligaciones internacionales que emanan de los principios apuntados arriba, debería existir, por lo menos al principio, una firme presunción a favor de admitir su autoridad. En este sentido, la primera medida siempre será examinar la solución normativa general que fue adoptada, incluyendo todas sus condiciones de legitimidad y hasta qué punto representa un intento de buena fe para alcanzar la reconciliación sin ignorar la situación apremiante de las víctimas. La investigación, sin embargo, no debería terminar ahí. Un análisis general es necesario, pero no suficiente, y la autori-

---

<sup>33</sup> La impunidad *de iure* se asegura mediante amnistías o leyes diseñadas para impedir la investigación y el castigo. La impunidad *de facto* prevalece cuando los fiscales, jueces y otras autoridades simplemente declinan investigar y procesar, o cuando altos cargos interfieren de forma deliberada para impedir que se investigue.



dad que juzga la deferencia debida a los proyectos locales también debe observar cómo se aplicó la solución normativa general al caso en cuestión. Puede que algunas garantías de clemencia ofendan nuestro sentido universal de justicia y humanidad aun cuando esa solución normativa general sea, en principio, legítima. Por ejemplo, estoy de acuerdo con John Dugard en que la política sudafricana y la ley que crea la CVR son, en general, compatibles con el Derecho internacional.<sup>34</sup> Muchas, quizá la mayor parte, de las decisiones individuales sobre amnistía, tanto concediéndola como denegándola, son probablemente correctas. Pero la inmunidad otorgada a los autores de la masacre de la iglesia de St. James, donde los miembros del Congreso Panafricano dispararon indiscriminadamente a los fieles porque eran blancos, no merece deferencia alguna por parte de la comunidad internacional, ya que viola la obligación positiva de Sudáfrica de investigar, procesar y castigar los crímenes contra la humanidad.<sup>35</sup> De modo similar, la absolución del General Magnus Malan y sus cómplices, en un juicio afectado por la conducta indebida de la fiscalía al favorecer al acusado, probablemente no debería ser respetada por los tribunales no sudafricanos si alguna vez tienen la oportunidad de ejercer jurisdicción sobre los graves delitos cometidos por los agentes secretos que Malan dirigía.

## CONCLUSIÓN

Existe, por supuesto, un modo de hacer fracasar la acción internacional para frenar la impunidad. En ocasiones, nos acercamos peligrosamente a determinar desde una gran distancia qué es lo que realmente necesitan las sociedades destrozadas por la violencia y no nos detenemos a considerar las opiniones de la gente que tiene que vivir con el legado del abuso y también con las consecuencias de una política que afronte ese legado. No es una cuestión que se resuelva simplemente con un sondeo de opinión, o incluso con una elección o referéndum, porque el respeto de la dignidad inherente de cada víctima es en esencia un principio contramayoritario. Sería, en efecto, una parodia seguir ciegamente la voluntad de la mayoría –aunque se exprese democráticamente– cuando casi siempre las víctimas proceden de minorías muy discretas (políticas, religiosas o étnicas) de cada sociedad.

Por otra parte, una intervención internacional en estos asuntos no consiste en sustituir el criterio de los actores domésticos, sino en urgir a las sociedades destrozadas por la guerra a que cumplan sus obligaciones internacionales y busquen la reconciliación más real posible. En condiciones ideales, pues, el TPI y los tribunales de jurisdicción universal tendrían poco o nada que hacer. Si las sociedades se enfrentaran a su pasado y lo tuviesen en cuenta de manera eficaz, no sería necesario que interviniese la comunidad internacional. En este tipo de casos, el TPI y otros actores judiciales deberían inhibirse en favor de soluciones locales y declinar su competencia para procesar. Sería un signo saludable que los casos de reconciliación nacional eficaz fuesen frecuentes, aunque la situación mundial actual no ofrece motivos para el optimismo. La perspectiva de un procesamiento y juicio extraterritorial o internacional, bajo estas circunstancias, proporciona un importante incentivo a las sociedades que salen de un conflicto y de la desesperación, un incentivo para que enfoquen la cuestión de la reconciliación nacional seria y humanamente.

---

34 John Dugard, "Reconciliation and Justice: The South African Experience", *Transnational & Contemporary Problems* 8 (1998), pág. 277.

35 Garth Meintjes y Juan E. Méndez, "Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction," *International Law Forum* 2 (2000), págs. 76-97.