

# AMNISTÍAS NACIONALES Y JUSTICIA INTERNACIONAL

*Eric Blumenson*<sup>\*1</sup>

## I. Introducción

Este artículo trata lo que a menudo se describe como el problema de “la paz vs. la justicia”, en el contexto de la discrecionalidad en la persecución propia de la Corte Penal Internacional (CPI). Generalmente, el problema surge cuando la amenaza de un procesamiento pone en riesgo negociaciones de paz o disuade a un tirano de abandonar el poder. La CPI está enfrentando su primer problema al respecto, en un caso que involucra crímenes contra la humanidad cometidos durante la guerra civil en la región de Acholi, Uganda. Aun cuando un vasto número de Acholis han sufrido la muerte, la desmembración, la violación y otras atrocidades en manos de los rebeldes que conforman la “Resistencia Armada del Señor”, muchos líderes de esta comunidad están implorando a la CPI que renuncie a la persecución. Sostienen que la amenaza de ser perseguidos internacionalmente aleja a los rebeldes de la posibilidad de firmar un acuerdo de paz. Ellos afirman también que una combinación de amnistía y de mecanismos propios de la justicia restaurativa servirían -más que las persecuciones- a los fines de promover la justicia y la reconciliación<sup>2</sup>.

---

\* La traducción fue realizada por Martín Porretti, y corregida por Roberto Gargarella.

<sup>1</sup> J.D., Universidad de Harvard, 1972. Agradezco a la Corte Penal Internacional y al Fiscal Jefe Luis Moreno Ocampo por la oportunidad de servir en la Oficina del Fiscal como académico legal visitante en 2004 y a los abogados e investigadores de esa oficina, que me ha ofrecido una educación imprescindible en el trabajo y en la promesa de la CPI. Agradezco también a Jeff Alsdorf, Tom Clark, Stan Fisher, Simon Keller, Gabriel Levin, Eduardo Rivera Lopez, Katherine Lu, David Lyon, Kate Martin, Eva Nilsen, Guido Pincione, Pat Shin, Ken Simons, Smiley de Marion, Carol Steiker, y a Ellen Winner, por sus comentarios y consejos en este proyecto; a Peter Shorett, por la experta asistencia en toda la investigación; y a los participantes de los coloquios de la facultad de Derecho de la Universidad de Boston, a la Universidad de Boston, a la Universidad de Suffolk, a la Universidad Torcuato Di Tella, y a la Universidad del Arizona, en la cual presenté versiones anteriores de este artículo.

<sup>2</sup> Ver, e.g., *Chief Opposes Kony Trial*, Africa News (New Vision) L/N (November 8, 2004); Fr. Carlos Rodriguez, *Situational Report Northern Uganda* (January 27, 2004), available at <[www.austria-uganda.at/\\_report\\_northern\\_uganda.htm](http://www.austria-uganda.at/_report_northern_uganda.htm)>; REFUGEE LAW PROJECT WORKING PAPER NO. 15, WHOSE JUSTICE? PERCEPTIONS OF UGANDA’S AMNESTY ACT 2000: THE POTENTIAL FOR CONFLICT RESOLUTION AND LONG TERM RECONCILIATION (2005), disponible en [www.refugeelawproject.org](http://www.refugeelawproject.org) (que encuentra que la mayoría de ugandeses del norte encuestados dijeron que a Kony se le debe conceder amnistía a cambio de la rendición); Barney Afako, , *Reconciliation and Justice: ‘Mato Oput’ and the Amnesty Act*, ACCORD 11 (2002), disponible en <[www.c-r.org/accord/uganda/accord11/reconciliation.shtml](http://www.c-r.org/accord/uganda/accord11/reconciliation.shtml)>. Sin embargo, la opinión de los Acholi se

La advertencia de los Acholi según la cual la intervención de la CPI prolongaría su guerra civil es solo la última dentro de una larga línea de reclamos que coinciden en decir que las demandas de justicia, en ocasiones como ésta, sólo pueden terminar en un desastre. Por supuesto, se ha probado que muchas de estas demandas carecen de fundamentos<sup>3</sup>, y el reclamo de los Acholi puede ser uno de estos casos. Sin embargo, no hay dudas, también, de que muchos de estos dilemas son genuinos<sup>4</sup>. En este momento, muchos líderes africanos están tratando de poner fin a la prolongada miseria que padece la gente de Zimbabwe. Para ello, intentan que se le conceda asilo en el exilio a su corrupto líder, Robert Mugabe.<sup>5</sup> Del mismo modo, hace dos años la administración Bush le ofreció a Saddam un acuerdo similar (así, en el ultimátum que se le diera 48 horas antes de la invasión)<sup>6</sup>. A lo largo de su existencia, la CPI deberá enfrentar, seguramente, desalentadores dilemas de esta clase. Cuando lo haga ¿deberá siempre aceptar las amnistías otorgadas por un Estado (u otras formas similares de impunidad) como precio a pagar por la paz?

La respuesta a esta pregunta es tan controversial y tan políticamente cargada que los

---

reportó más matizada en una encuesta reciente. Centro Internacional para la Justicia Transicional y el Centro de los Derechos Humanos de la Universidad de California, Berkeley, FORGOTTEN VOICES: A POPULATION-BASED SURVEY ON ATTITUDES ABOUT PEACE AND JUSTICE IN NORTHERN UGANDA 4, 5 (2005), disponibles en: <[www.ictj.org/downloads/ForgottenVoices.PR.pdf](http://www.ictj.org/downloads/ForgottenVoices.PR.pdf)> (que reporta que una encuesta en las regiones Acholi y no-Acholi del norte de Uganda demostró que aunque el 66% de los encuestados cree que los delincuentes deben ser procesados, esa opinión cae hasta el 29% si la amnistía fuera el único camino hacia la paz).

<sup>3</sup> Diane Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 YALE LAW JOURNAL 2537, 2548 n. 37 (1991) (citando ejemplos de predicciones exageradas).

<sup>4</sup> Jack Snyder y Leslie Vinjamuri argumentan, en *Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice*, 28 International Security 5, (2003/04), que “en los países en transición... la decisión de enjuiciar a miembros del régimen anterior debe ser sopesada contra los efectos posiblemente nocivos en la consolidación de instituciones”. De forma parecida, en la Argentina, los fiscales de la junta militar fueron forzados a calcular cuánto podían “descender” en la persecución de las jerarquías militares, sin la amenaza de inestabilidad o aún de un golpe militar. Los consejeros del presidente Alfonsín, Carlos Nino y Jaime Malamud Goti, han descrito estos cálculos. Jaime Malamud-Goti, *Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?*, 12 Human Rights Quarterly 1, 5 (1990) (sosteniendo que la decisión de la Argentina de procesar solamente a algunos no cubrió sus deberes de justicia); Carlos S. Nino, *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina*, 100 YALE L. J. 2619, 2635, 2638 (1991) (demandar la persecución de todos en la Argentina hubiera dañado las posibilidades de llevar a los líderes ante la justicia. Ver también Diane Orentlicher *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 YALE LAW JOURNAL 2537, 2544-2546 (1991).

<sup>5</sup> Robert I. Rotberg, *The End of Tyranny in Zimbabwe*, Boston Globe, Aug. 18, 2005, p. A15

<sup>6</sup> Ver el discurso de George W. Bush, “El presidente le dice a Saddam Hussein que debe abandonar Irak en un plazo de 48 horas” disponible en < [www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030317-7.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030317-7.html) >. La administración de Bush está impulsando actualmente a los iraquíes a que incluyan a funcionarios del régimen anterior en su gobierno, en interés de la paz. Richard A. Opiel Jr, *Rice, in Baghdad, Urges Sunni Role in Constitution*, New York Times, May 16, p. A1 (declarando que la secretaria de Estado Condoleezza Rice dijo a los líderes Iraquíes que los esfuerzos destinados a castigar a los antiguos oficiales deben “también respetar el hecho de que ahora es necesario que haya un proceso iraquí inclusivo y un gobierno iraquí inclusivo”).

negociadores del Tratado de Roma no fueron capaces de desarrollar disposición alguna sobre la misma. En lugar de ello, solicitaron al fiscal y a los jueces de la CPI desarrollar una propuesta para el tema de la amnistía en un plazo determinado<sup>7</sup>. En pos de lograr su objetivo, la CPI deberá lidiar con cuestiones referentes a su papel y a sus responsabilidades, teniendo en cuenta la importancia que debe otorgarse a las demandas de paz, pluralismo y castigo cuando entran en conflicto. Mientras tanto, urgencias legales y pragmáticas juegan un papel importante. Estas decisiones requieren de juicios morales fundamentales en tres asuntos ineludibles y extraordinariamente difíciles de resolver:

(1) *Una cuestión de justicia: como consecuencia del crimen ¿La justicia requiere siempre persecución?* En ocasiones, y frente a situaciones transicionales, los estados han intentado hacer responsables a los funcionarios públicos a través de Comisiones de la Verdad, reparaciones, los tradicionales rituales de la confesión y reintegración, y la inelegibilidad para los cargos públicos. Si algunos de estos métodos no-penales imponen un suficiente grado de responsabilidad y de justicia, puede ser posible para la CPI evitar una opción forzada entre la paz sin justicia y la justicia sin paz.

(2) *Una cuestión de impacto: ¿Si la justicia efectivamente requiere el procesamiento, es apropiado sin embargo que fiscal rechace una persecución sobre la base de que, de efectuarse, se generen daños sobre terceros inocentes? O, ¿Se encuentra obligado el fiscal a presentar cargos penales contra graves delincuentes sin importar los costos políticos o humanos?*

(3) *Una cuestión de pluralismo: Como institución global ¿cuánto respeto debe brindar la CPI a los diversos puntos de vista del Estado sobre las dos cuestiones precedentes?*

Estas preguntas son en parte filosóficas pero, dado lo que está en juego, distan de ser cuestiones meramente académicas. Constituyen un desafío central para la CPI -- el desafío de establecer un estándar global de justicia penal. Con esto no estoy diciendo simplemente que la corte criminal internacional es una organización global que debe diseñar su propia jurisprudencia. Quiero decir algo más importante: si trabaja según lo previsto, la CPI va a fijar estándares nacionales también, definiendo el nivel que deberá

---

<sup>7</sup> Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law*, 23 Mich. J. Int'l L. 869, 941-942 (2002).

alcanzar la justicia penal doméstica para poder adjudicar crímenes contra la humanidad, genocidios y crímenes de guerra. Ésta es una consecuencia del *principio de complementariedad* del estatuto de Roma, que permite que la corte proceda con un caso solamente cuando un Estado no lo esté haciendo de forma genuina, por sí mismo<sup>8</sup>. Bajo esta disposición, la corte tendrá que dictar decisiones sobre la suficiencia de la respuesta particular de un Estado hacia estos crímenes. Con el correr del tiempo, las decisiones de la CPI definirán los requisitos mínimos que deberán cumplir los sistemas penales de justicia a lo largo del mundo --es decir, establecerá un estándar global de justicia penal.

\*

En un estudio más extenso que se publicará en el *Columbia Journal of Transnational Law* en abril de 2006, exploro cada una de las tres preguntas antedichas detalladamente<sup>9</sup>. Este artículo, basado en dicho estudio, se limita a la primera pregunta -- si la justicia exige siempre la persecución y el castigo, o si se puede satisfacer de otras maneras. En la parte II, sostengo que la obligación de la CPI de hacer justicia no siempre conlleva un simple deber de *perseguir y castigar*. Más bien, como consecuencia del crimen, el deber esencial de un Estado (o en su defecto, de la CPI) es reconocer y repudiar el crimen y solidarizarse con la víctima. El castigo penal se invoca comúnmente como medio eficaz de alcanzar esto último. No obstante ello, también otros instrumentos han sido invocados exitosamente en algunas oportunidades. La parte III considera un ejemplo, la Comisión Sudafricana de la Verdad y de la Reconciliación, y sugiere que ésta también debe ser considerada una respuesta moral aceptable a la criminalidad extrema.

Dos advertencias deben tenerse en cuenta, referentes al alcance restringido de esta investigación. Primero, ella se limita a examinar una cuestión específica: si la CPI tiene el deber moral de asegurar que los criminales de guerra más flagrantes sean perseguidos, sin

---

<sup>8</sup> El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, O.N.U Doc. A/CONF. 183/9. 183/9 (adoptado el 17 de julio de 1998 en la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional), artículo. 17 [de aquí en adelante Estatuto de Roma]. A los propósitos del Art. 17, un Estado no está investigando o persiguiendo cuando deja de investigar el caso o bien cuando lo persigue de forma tal que demuestra una inhabilidad o desgano *genuino* para investigar o perseguir el caso. *Id.*

<sup>9</sup> The article is *The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court*, 44 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW (disponible *on line* en < <http://ssrn.com/abstract=834004> >).

consideración alguna sobre la dinámica política que se pondrá en movimiento. Aun si estoy en lo correcto al decir que el deber de hacer justicia puede lograrse a veces de por vías no-penales, subsisten argumentos utilitaristas para la persecución y el castigo que no se apoyan en un imperativo moral de castigar al culpable. De una manera más obvia, existe el argumento de que los crímenes de esta magnitud deben ser perseguidos para prevenir la repetición, con los componentes impeditivos, incapacitativos o de refuerzo de las normas que puede establecer el castigo. Existe también un argumento de división del trabajo institucional, que sostiene que la CPI debe enfocarse únicamente en la justicia como cuestión de su papel institucional, dejando las consideraciones políticas al consejo de seguridad (que tiene la autoridad para diferir las persecuciones de la CPI <sup>10</sup>). Aquí pondré entre paréntesis esas cuestiones, y me ceñiré únicamente a la cuestión de la justicia retributiva, que es –discutiblemente- la única objeción absolutista a la no-persecución.

También pondré entre paréntesis cuestiones referentes al alcance legal de la discreción del fiscal para decidir si perseguir un caso usando su poder de *motu proprio*, o declinando su uso a partir de argumentos basados en el “interés de la justicia” especificados en el artículo 53 del estatuto de Roma<sup>11</sup>. No me ocuparé tampoco de cuestiones jurídicas significativas, relativas a cómo interpretar la idea de “interés de la justicia,” o de si otros tratados y la costumbre limitan la discreción del fiscal de la CPI para rechazar un caso legalmente meritorio y admisible<sup>12</sup>. Evito esas preguntas aquí, aceptando que la primera instancia de discreción del fiscal es lo suficientemente amplia como para que la exploración

---

<sup>10</sup> Estatuto de Roma, N. *supra* 7, Art. 16 autoriza al Consejo de Seguridad a diferir una persecución de la CCI por períodos reanudables de un año. Sin embargo, puede hacerlo solamente publicando una resolución conforme al capítulo VII de la carta de la O.N.U, que tiene sus propios requisitos. Los mecanismos del cap.. VII están solamente disponibles como respuesta a una amenaza para la paz, a una quiebra de la paz o a un acto de agresión. Art. 39 de la carta de la O.N.U. Pero el requisito ha sido interpretado de una forma bastante amplia como para incluir intervenciones en nombre de los Derechos Humanos.

<sup>11</sup> Las discusiones sobre la “discreción en la persecución” son complicadas dados los múltiples significados que abarca el término. Puede ser utilizado para describir (1) la gama de decisiones abiertas al fiscal en primer lugar; (2) si estas decisiones están sujetas a revocación por autoridades judiciales u otras más altas; y finalmente, (3) el grado en el que la discreción en la persecución que se atribuye en teoría se encuentra realmente disponible en la práctica -- y en tal caso un desafío central para la oficina del fiscal es que su libertad de acción, mientras que es bastante amplia en los papeles, está seriamente limitada en la práctica por sus escasos recursos y su carencia de poderes de policía y de procesamiento. Lo anterior significa que a falta de intromisión de parte del Consejo de Seguridad, el Fiscal tendrá que depender generalmente del Estado implicado para entregar a los demandados y para proporcionar acceso a los testigos -- cooperación que es altamente inverosímil si justamente el blanco son los agentes del Estado.

<sup>12</sup> El Art. 21 párrafo 3 del Estatuto de Roma, *supra n. 7*, requiere a la Corte aplicar e interpretar las provisiones del Estatuto que sean “consistentes con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.”

de ciertas consideraciones morales que deben informar a esa discreción no constituyan un esfuerzo perdido.<sup>13</sup>

## II. ¿La justicia exige siempre el procesamiento?

Luego de un crimen extremo, la mayoría de las personas creen que las autoridades tienen un deber moral de encontrar, procesar, y castigar el autor sin tener en cuenta si esto produce algún beneficio futuro. Es decir, creen que el castigo *es requerido por una cuestión de justicia retributiva*. ¿Es esto verdad? ¿Cómo podría uno demostrarlo?

Para mucha gente, el deber de llevar a los peores criminales ante la justicia forma parte de un sentimiento profundo, o constituye un artículo de fe. Algunos teóricos dicen que eso es suficiente, que no se necesita de ninguna otra justificación. Sin embargo, ésta se convierte en una posición cada vez más difícil de mantener, al tiempo que el costo de proceder con una persecución se hace cada vez más grande. Es necesario examinar el principio de manera más profunda, a partir de dos cuestiones que es mejor mantener separadas: Por un lado, ¿existe un deber moral (no-consecuencialista) de perseguir y castigar los crímenes atroces? Y, asumiendo que dicho deber existe ¿es dicho deber absoluto –en lugar de negociable frente a otras consideraciones? El retributivista que forzaría al fiscal a presentar cargos sin preocuparse por los efectos sobre terceros, requiere de una respuesta afirmativa a *ambas* preguntas. Tomaré la primera pregunta de este artículo<sup>14</sup>.

Tradicionalmente, las teorías retributivistas justifican la obligación de castigar a criminales exclusivamente sobre la base del merecimiento del acusado: alguien que libremente eligió victimizar a otro merece ser castigado en proporción a su culpabilidad. Pero cuando intentamos explicar por qué es esto así, las cosas se tornan más difíciles. De acuerdo con la concepción de “free-rider” de Herbert Morris, un criminal merece y debe

---

<sup>13</sup> Asumiré también que la decisión que enfrenta el fiscal es si perseguir *un* caso, aun cuando cuestiones similares puedan presentarse respecto de si *investigar una* remisión o no. El test de interés en la justicia del Estatuto de Roma para decidir no perseguir un caso es discutiblemente más liberal en la etapa de la persecución que en la etapa de la investigación, dada la variación de los factores enumerados. Comparar el Estatuto de Roma, N. *supra* 7, arte. 53, párrafo 1(c) con el Art. 53 párrafo 2(c).

<sup>14</sup> Para la pregunta anterior, ver mi artículo *The Challenge of a Global Standard of Justice*, N. *supra* 8, en la parte II (b) (2).

recibir castigo para, de esta manera, reparar a los ciudadanos que acatan la ley por el excedente injusto que resulta de la ventaja que adquirió aquél al cometer un crimen<sup>15</sup>. Otra teoría dice que se debe perseguir y castigar a un acusado culpable para poder respetarlo como agente moral responsable. Solamente si castigamos al culpable y absolvemos al inocente es que los veredictos y las sentencias van a reflejar las decisiones morales propias del acusado<sup>16</sup>. Los que proponen esta visión hablan a veces del derecho de cada individuo de ser respetado como un agente moral responsable, y de la justicia retributiva como reflejando un *derecho del criminal a ser castigado*<sup>17</sup>. Una tercera teoría sostiene que el acusado tiene un derecho moral al castigo, pero lo plantea como el derecho del acusado de dar reparación por su crimen y de tal modo de restaurar su posición como miembro igual de la comunidad.

Estas teorías se centran en el acusado y determinan la sentencia apropiada de acuerdo a un criterio de merecimiento justo. La justicia para la víctima es tratada como si fuera un mero subproducto de, o algo necesariamente idéntico a, el castigo que se requiere

---

<sup>15</sup> El criminal se beneficia de la protección del derecho penal, pero no sufre la carga “que otros han asumido, la carga del dominio sobre sí mismo.” Forzando al acusado a sufrir una carga teórico-equivalente, el castigo restablece la igualdad entre el criminal y la víctima, y el balance adecuado de beneficios y cargas que le corresponde a cada uno. Ver HERBERT MORRIS, ON GUILT AND INNOCENCE 35 (1976); MICHAEL DAVIS, TO MAKE THE PUNISHMENT FIT THE CRIME: ESSAYS IN THE THEORY OF CRIMINAL JUSTICE (1992). Ésta es una clase de justicia correctiva, pero un problema bien sabido de la teoría es que ninguna caracterización de esta carga parece capaz de explicar porqué crímenes como la violación y el asesinato deben recibir castigos más severos que la ratería. Si el dominio de sí mismo ejercitado por el observante de la ley consiste en obedecer la ley, todos los crímenes deberían ser castigados en el mismo grado; y si consiste en abstenerse del crimen particular de la violación o del asesinato, para la mayoría de las personas eso no es una carga de ningún modo. Para una discusión adicional sobre ese punto, ver David Dolinko, *Some Thoughts about Retributivism*, 101 ETHICS 537, 545-6 (No. 3 Apr. 1991); JEFFRIE MURPHY AND JEAN HAMPTON, FORGIVENESS AND MERCY 114 (Cambridge Univ. Press 1988).

<sup>16</sup> Ver, e.g., Herbert Morris, ON GUILT AND INNOCENCE 46 (1976). En términos Kantianos, el acusado ha querido su castigo por opción propia; y solamente infligiéndolo es que nosotros podemos respetarlo como un fin en sí mismo. Por eso, es que Kant dice, “si se calumnia a otro, se está calumniando a uno mismo; si se roba un banco, se está robando a uno mismo; si se golpea a otro, se está golpeando a uno mismo; si se mata a otro, se está matando a uno mismo.” Immanuel Kant, THE PHILOSOPHY OF LAW, PART II (W. Hastie, trans., 1887). Según la concepción de Kant, la acción libremente elegida del acusado debe interpretarse como desear una máxima universal, para que tal como el acusado trata otros, así deba tratarse (incluyendo al acusado), a todos.

<sup>17</sup> G. W. F. Hegel, Elements of the Philosophy of Right (Allen Wood, ed., 1991) at section 100, p 126 (“El daño... también es un derecho para el mismo criminal, es decir, un derecho postulado en su voluntad existente, en su acción.”). Ver también a Markus Dirk Dubber, *The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought*, 16 Law & Hist. Rev. 113, 115-16 (1998). Pero ver Anthony Quinton, *On Punishment*, in THE PHILOSOPHY OF PUNISHMENT 55, 57-58 (H.H. Acton, ed., 1969) (que argumenta que es “una extraña clase de derecho, al cual sus poseedores se resistirán vigorosamente a su reconocimiento”); Deigh, *On the Right to be Punished: Some Doubts*, 94 ETHICS 191 (1984).

para tratar al ofensor tal como se merece. Aun así, debería ser obvio que como una consecuencia del crimen, se debe la justicia tanto a la víctima como al acusado. Esto parece ser innegable y plantea una pregunta que raramente es considerada: ¿cuál es la relación entre ambos deberes? Tal vez no sea el caso de que la justicia a la víctima consista (nada más y nada menos que) en asegurar que el acusado reciba su justo merecido.

Exploraremos un concepto alternativo de justicia retributiva que trata a la víctima como sujeto independiente de la justicia (y amplía las opciones disponibles para la CPI, según lo discutido *infra*). Para los norteamericanos, la conexión entre la retribución y la justicia debida a la víctima puede hacerse más clara considerando un procesamiento reciente, iniciado por razones de justicia retributiva más que a partir de alguna consideración utilitaria. El demandado, un antiguo Klegele del Ku Klux Klan llamado Edgar Ray Killen, fue enjuiciado y condenado en junio del 2005 por conspicuas matanzas de tres jóvenes trabajadores de derechos civiles, James Chaney , Andrew Goodman y Michael Schwerner, ocurridas en Mississippi en 1964. El estado de Mississippi optó por no presentar cargos contra nadie durante todos esos años, a pesar de la clara evidencia que implicaba a Killen y a otros. Luego, en 2005 -cuatro décadas después de que las víctimas fueran descubiertas enterradas en una represa de tierra- con Killen un frágil hombre de 80 años en un sillón de ruedas, el Estado finalmente presentó cargos por asesinato que terminaron en una condena por homicidio y una sentencia de cárcel de 60 años<sup>18</sup>. Muchos creen que este juicio y casos similares que rectificaron años de impunidad son muy importantes moralmente pero ¿por qué? ¿Por qué no hacer nada es una injusticia inaceptable? La razón esencial para castigar a Killen no se debe ni a una teoría del "free rider" (según la cual debe evitarse que el demandado posea cierta "ventaja injusta", adquirida a través de sus asesinatos), ni tampoco a que haya consentido efectivamente ser castigado por sus actos, aun cuando ambas sean razones por las cuales el demandado no podría quejarse de modo justo por el castigo que le fuera impuesto. Éstos son *prerrequisitos* que hacen permisible castigar al criminal, *pero no son razones para hacerlo*. La razón esencial por la cual Mississippi tiene un deber afirmativo de responsabilizar a Killen es que de otra manera se refuerza el crimen, y el Estado se convierte en cómplice de este y de la

---

<sup>18</sup> Emily Wagster Pettus (AP), Ex-Klansman gets 60 years in slayings, The Boston Globe, June 24, 2005, p. A2, disponible en: [www.boston.com:80/news/nation/articles/2005/06/24/ex\\_klansman\\_gets\\_60\\_years\\_in\\_slayings](http://www.boston.com:80/news/nation/articles/2005/06/24/ex_klansman_gets_60_years_in_slayings).



degradación de las víctimas. Podemos ver esto claramente en el caso citado. Killen trató a las víctimas como si fueran meros objetos –objetos sin ningún valor intrínseco- y a través de su respuesta, el gobierno puede ratificar o repudiar su subyugación. Mississippi eligió ratificar dicha situación, abandonando y devaluando a las víctimas, al no hacer caso de las matanzas durante 40 años. Esto es lo que tornaba al juicio algo moralmente imperativo. Cuando el mal finalmente fue corregido con la condena por homicidio, el hermano de James Chaney, Ben, describió la reacción de su madre de 82 años: “Ella finalmente cree que la vida de su hijo tiene cierto valor para la gente de esta comunidad<sup>19</sup>.” Enjuiciar a Edgar Ray Killen fue un acto oficial de solidaridad, si bien tardío, con todos aquellos que fueron victimizados por estos y por otros acontecimientos similares.

El caso Killen es un buen ejemplo de una clase de casos que pueden llegar a dominar el quehacer de la CPI: crímenes que están dirigidos a degradar a ciertas personas, pueblos o -en el caso del genocidio- a grupos enteros. Además, este caso sugiere una concepción alternativa de justicia retributiva -- llamémoslo *retributivismo -consciente-de la víctima* que deseo explorar con cierto detalle. Como todas las concepciones de justicia retributiva, implica una obligación de justicia en favor del acusado, protegiéndolo de un castigo mayor del que merece; pero en esta concepción alternativa el deber afirmativo de responsabilizar a los perpetradores implica sobre todo justicia hacia la *víctima*. Sabemos que hay un deber de justicia a la víctima porque, como mínimo, sabemos esto: Una sociedad trata a una víctima injustamente cuando frente a las consecuencias del crimen no hace nada, cuando *no hace caso del* hecho de la victimización, tratando a la víctima como a un paria, como a alguien que no forma parte del contrato social. Kant, y otros teóricos contemporáneos tales como Jean Hampton y George Fletcher, hicieron referencia al fracaso de una sociedad para sancionar un crimen, como una complicidad con el mismo -- “la sangre de la víctima está en nuestras manos,” arguye Fletcher<sup>20</sup>. La justicia retributiva debe incluir un deber afirmativo en razón de la injusticia que se genera sobre las víctimas cuando

---

<sup>19</sup> Shaila Dewan, Former Klansman Guilty of Manslaughter in 1964 Deaths, New York Times, June 22, 2005, disponible en [www.nytimes.com/2005/06/22/national/22civil.html](http://www.nytimes.com/2005/06/22/national/22civil.html)?

<sup>20</sup> George Fletcher, *With Justice For Some* 6, 205 (1995); Jean Hampton, *Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution*, 39 UCLA L. REV. 1659, 1684, 1692 (1992); JEFFRIE MURPHY AND JEAN HAMPTON, FORGIVENESS AND MERCY 131 (1988). Fletcher y Jean Hampton son los más explícitos entre una pequeña cantidad de teóricos contemporáneos que ven a la persecución y al castigo como un deber de justicia que se adeuda a la víctima. Ver también Richard Burgh, *Guilt, Punishment, and Desert*, en RESPONSIBILITY, CHARACTER, AND THE EMOTIONS 316 (Ferdinand Schoeman, ed., 1987).

no se hace nada<sup>21</sup>. Este deber implica reconocer y repudiar la victimización, a la vez que reafirmar tanto el igual valor como el lugar que ocupa la víctima dentro de la sociedad. Uno puede concebir esta obligación como el deber de solidaridad del Estado, que es correlativo a un derecho de solidaridad de cada ciudadano<sup>22</sup>. Ciertamente, el castigo penal puede ser una forma de satisfacer este deber, pero eso no es decir que castigar al criminal sea *la* obligación retributiva afirmativa<sup>23</sup>.

Si el deber retributivo del estado es reconocer la victimización y reafirmar el valor y los derechos de la víctima, y el castigo penal es un *medio de* satisfacer este deber, entonces debemos estar abiertos a la posibilidad de que en algunas situaciones los instrumentos no-penales puedan ser más adecuados para hacerlo. No hay duda de que la obligación del Estado de negar el acto criminal debe estar unida al repudio del perpetrador. Pero no es

---

<sup>21</sup> Qué debe hacerse dependerá en parte del crimen, porque los asesinatos maliciosamente premeditados le otorgan necesariamente un valor de cero a la víctima, mientras que los homicidios involuntarios y otros pocos crímenes no lo hacen. Para una explicación detallada de por qué esto está así, ver Hampton, *Correcting Harms*, supra n. 19, at 1677-82.

<sup>22</sup> Los derechos de solidaridad han comenzado a recibir reconocimiento como la “tercera ola” de derechos humanos, siguiendo a los derechos libertarios y los económicos.

<sup>23</sup> Algunas personas se preguntarán si esta concepción debe entenderse como una especie de retribución, o si debe ser categorizada enteramente como una idea diferente del castigo. Al menos, debe ser reconocida como una especie de justicia no consecuencialista -- es un deber de las autoridades de actuar justamente, sin depender de las consecuencias de hacerlo. En el caso Killen, las tres víctimas asesinadas estaban muertas así que estas no obtendrían ventaja alguna del juicio o el reconocimiento y la solidaridad que éste expresa, aun así, sigue habiendo un deber de justicia. Es verdad, por supuesto, que las familias y los amigos de las víctimas, y la sociedad en general, pueden beneficiarse de varias maneras: Puede llegar a producirse cierto grado de satisfacción y seguridad psicológicas, el refuerzo de las normas, la legitimación de una raza aún subyugada, la disuasión, etc. La justicia retributiva probablemente produzca ganancias utilitarias, pero el deber retributivo no depende de ellas o de ningún resultado en particular. En otras teorías retributivistas, el deber es degradar al criminal imponiéndole sufrimiento o privaciones. En la teoría consiente-de la víctima, el deber social es reconocer la victimización y reafirmar el igual valor de todos contra las ofensas de otros. La concepción aquí bajo examen no se corresponde con lo que comúnmente se describe como justicia restaurativa, aunque es compatible con ella. Esta visión propone una concepción de justicia objetiva; un sistema restaurativo de la justicia se puede acercar a la mediación y ser moldeada por las partes. En descripciones contemporáneas, la justicia restaurativa permite que la reafirmación del valor de la víctima provenga del delincuente más que del Estado, se centra en la víctima específicamente y en sus necesidades más que en una respuesta requerida por la justicia a la victimización y, en algunas interpretaciones, permite medidas restaurativas que no están restringidas por el grado de merecimiento del acusado. Ver, e.g., Jennifer Llewellyn, *Justice for South Africa: Restorative Justice and the Truth and Reconciliation Commission*, en *MORAL ISSUES IN GLOBAL PERSPECTIVE* 96, 103(Christine Koggel, ed., 1999) (Que describe la justicia restaurativa como un “proceso a través del cual todas las partes con interés en una ofensa en particular vengan juntos a resolver colectivamente cómo tratar con las consecuencias de la ofensa y de sus implicancias para el futuro”); Leena Kurki, *Restorative and Community Justice in the United States*, en *27 CRIME AND JUSTICE: A REVIEW OF RESEARCH* 235, 236 (Michale Tonry ed., 2000) (sosteniendo que los ideales concretos de la justicia restaurativa “implican que el gobierno debe entregar su monopolio sobre las respuestas al crimen a aquellos que estén directamente afectados—la víctima, el delincuente, y la comunidad”).

obvio que la condena y el encarcelamiento sean *siempre* necesarios para el logro de dicho fin. Rafael Gumucio, por ejemplo, víctima de la dictadura de Pinochet, encontró justicia en el informe de tortura de Chile, el cual “en su crudeza, [fue] una forma de decirnos... que todavía estamos vivos, y que tenemos un derecho a continuar viviendo<sup>24</sup>.” La Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación (CVR), fue pensada para alcanzar, por medio de testimonios y reparaciones, “la restauración de la dignidad humana y civil de las víctimas de las severas violaciones de los derechos humanos<sup>25</sup>.” Podemos obtener cierta visión sobre esta cuestión comparando la CVR con un régimen de castigo.

### **III. ¿Permite la justicia, alguna vez, las amnistías condicionadas a la verdad?**

Aquí examino una alternativa no-penal, la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación con su política de intercambiar amnistía por verdad, y sugiero que tal alternativa es moralmente aceptable, por lo menos si tomamos en cuenta la concepción de justicia retributiva-consciente-de la víctima referida más arriba. Esto no significa decir que todas las amnistías asociadas con las comisiones de la verdad hayan sido moralmente aceptables; lejos de ello. Pero si nuestra pregunta es si la Corte Penal Internacional debe alguna vez hacer lugar a un planteo no-penal para afrontar las atrocidades del pasado, la respuesta requiere que examinemos el mejor caso para hacerlo -- y hasta el momento, ese caso se encuentra en la historia de la transición sudafricana. Ésta es una investigación muy limitada que debe dejar algunas características y aspiraciones centrales de la Comisión de Verdad y Reconciliación fuera de la mesa<sup>26</sup>. Explora solamente un aspecto del funcionamiento de la CVR: si sirvió como instrumento de justicia para los crímenes extremos.

Primero algunos hechos. La CVR surgió como un compromiso durante las negociaciones que ordenaron la transición del apartheid a la democracia. Con la demanda – hecha por el gobierno del apartheid- de una amnistía incondicional, y la demanda del ANC

---

<sup>24</sup> Rafael Gumucio, *My Tortured Inheritance*, New York Times, Diciembre 13, 2004.

<sup>25</sup> El informe final sudafricano de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Vol. 1, capítulo 4, párrafo 32.

<sup>26</sup> La investigación, por ejemplo, no determina la eficacia pretendida de la TRC en promover la reconciliación y la reparación social, en proveer reparaciones o promover la democracia y la letra de la ley.

de una persecución de las atrocidades pasadas, presionando en direcciones opuestas, los negociadores establecieron una Comisión de la Verdad con el poder para conceder amnistías a los aspirantes individuales que proporcionaran una confesión completa de sus crímenes durante el apartheid<sup>27</sup>. Una vez concedidas, estas amnistías extinguían la responsabilidad civil y criminal del que confesaba, a la vez que se trasladaba el caso ante un comité con la autoridad para decidir una forma apropiada de reparación para la víctima<sup>28</sup>. Aquellos que no se presentaban ni –por tanto- recibían una amnistía, permanecerían sujetos a los procedimientos penales normales. Este principio de la *amnistía individualizada a cambio de la verdad* distinguió al caso de Sudáfrica de los de Chile, Haití, Guatemala y otros países, que concedieron amnistías a los regímenes salientes a cambio nada. La comisión sudafricana resultó también ejemplar en que, a diferencia de la mayoría de las comisiones de la verdad, fue democráticamente establecida, y sus audiencias fueron públicas y ampliamente transmitidas por los medios<sup>29</sup>.

Si se debe justicia a las víctimas de crímenes atroces, tal como he discutido arriba ¿la CVR sirvió para facilitar o para obstaculizar a Sudáfrica en su deber de satisfacer la misma? Siete de cada diez sudafricanos negros, víctimas principales del gobierno del apartheid, apoyaron la política de la amnistía a cambio de la verdad, pero hubo muchos en la minoría –y no sólo entre las víctimas- que se opusieron a dicho procedimiento apasionadamente<sup>30</sup>. Los miembros de las familias de algunos activistas asesinados han litigado infructuosamente para impedir lo que consideraron como una negación de su

---

<sup>27</sup> Las amnistías debían ser concedidas solamente si el aspirante proporcionaba una confesión completa de sus crímenes y solamente para los actos que “fueron asociados a objetivos políticos y cometidos en el curso de los conflictos del pasado.” La Constitución de la República de Sudáfrica, Acta 200 de 1993, posteriormente difundida; La promoción del Acta de la Unidad y la Reconciliación Nacional, el Acta de la República de Sudáfrica, Acta. No 34 de 1995 (de aquí en adelante TRC), sección 20 (1) (b) y (c) (requiriendo divulgación políticamente objetiva y total para ser elegido para la amnistía). Sobre la dinámica que precedió al compromiso del TRC, ver Jeremy Sarkin, *The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, 12 S. AFR. J. HUM. RTS. 620 (1996).

<sup>28</sup> TRC Act, *supra* n. 26, Secs. 20(7)(a), 22(1) y 26.

<sup>29</sup> Ninguna Comisión Latinoamericana de la Verdad llevó a cabo audiencias públicas y las Comisiones de Guatemala y de El Salvador explícitamente excluyeron esta posibilidad, alegando que era para salvaguardar fuentes y testigos. PRISCILLA B. HAYNER, UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY 225-226 (2001). Hayner divulga que las únicas Comisiones que llevaron a cabo audiencias públicas y su escritura eran aquellas establecidas en Sudáfrica, Uganda, Sri Lanka, y Alemania. *Id.*

<sup>30</sup> James L. Gibson, *Truth, Justice, and Reconciliation: Judging the Fairness of Amnesty in South Africa*. 46 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 540, 545 (2002).

derecho a la justicia<sup>31</sup>. Sin embargo, hay mucho por decir a favor de la CVR como instrumento de la justicia debida a la víctima. Seguramente, la Comisión fue un instrumento imperfecto, pero haber confiado únicamente en la investigación y la persecución penal también lo hubiera sido, y de diversas maneras.

Como he argumentado, la justicia requiere que un Estado exprese solidaridad con las víctimas del crimen, no indiferencia. Para hacer esto, debe al menos repudiar la persecución ocurrida y reafirmar la igualdad y el valor de la víctima. El castigo penal logra generalmente estos imperativos -- *cuando puede ser impuesto*. Sin embargo, el proceso criminal no puede alcanzar estas metas si el autor es desconocido o la evidencia es insuficiente, o la masa de casos abruma el sistema, y así sucesivamente (dejando a un lado el problema de que los procesamientos criminales del viejo régimen pudieron nunca haber sido una opción disponible para Sudáfrica). El caso para la CVR se apoya en gran medida en sus ventajas comparativas sobre el sistema penal para solucionar estos problemas elementales. Comparado exclusivamente con un proceso criminal, la CVR fue capaz de (1) revelar las circunstancias y los autores de muchos más crímenes, (2) obtener el reconocimiento entre todas las razas de que estos acontecimientos sucedieron y que constituyen atrocidades criminales contra personas oprimidas, y (3) condenar estos crímenes y censurar a aquellos responsables, incluyendo a agentes institucionales que instigaron o fueron cómplices en las atrocidades.

El primer punto es crucial, porque el requisito previo esencial para la justicia penal es la verdad -- la verdad de la identidad del criminal y de los acontecimientos del crimen. Las víctimas del crimen tienen derecho a una acción eficaz del Estado dirigida a dilucidar lo ocurrido, por qué ocurrió y quién fue el responsable. Sobre este elemento de justicia, la

---

<sup>31</sup> Las familias de Steven Biko y de Griffiths Mxenge, dos prominentes líderes de los derechos civiles sudafricanos asesinados, desafiaron sin éxito la constitucionalidad de la disposición de amnistía del Acta de la TRC en el caso de la *Organización de la gente de Azanian (AZAPO) y otros V. el Presidente del RSA y otros* 1996 (8) BCLR 1015 (cc). Algunos piensan que el Estado perpetra una injusticia adicional cuando intenta alcanzar la reconciliación después de brutalizar y oprimir a una clase de su gente. En las palabras de un prominente periodista de Argentina, “intentar imponer la reconciliación entre las familias de víctimas y sus verdugos sería sádico desde un punto de vista individual e inaplicable para la sociedad.” Reed Brody, *justicia: ¿La primera víctima de la verdad?* en LA NACIÓN, 30 de abril de 2001 en 27. Los profesores Gutman y Thompson dicen que la unidad social no es en sí misma una respuesta moral suficiente o significativa para las pasadas atrocidades y también argumentan que es un reclamo fundamentalmente no-liberal, por cuanto implica obligar a la gente a compartir una visión común del pasado y perdonar las atrocidades pasadas. Amy Gutmann and Dennis Thompson, *The Moral Foundations of Truth Commissions*, en TRUTH V. JUSTICE 22, 25 (Robert I. Rotberg and Dennis Thompson, eds., (2000).

CVR era claramente más capaz, y probó ser un procedimiento más exitoso que el proceso penal. Los juicios pueden generar resultados más creíbles de culpabilidad - en gran parte debido al debido proceso que se aplica en los sistemas de enjuiciamiento adversarial (el derecho a asesoramiento, a presentar evidencia, a interrogar testigos, a una alto nivel de valoración de la prueba, etc)<sup>32</sup> - pero la CVR expuso más crímenes, identificó más autores, y reveló más verdad de la que hubiera sido descubierta por medio de investigaciones y persecuciones penales<sup>33</sup>. La razón principal, por supuesto, es que la oferta de la amnistía a cambio de la verdad animó a millares de individuos, cómplices de severas violaciones de los derechos humanos a que se presentaran con evidencias. Siete mil personas solicitaron amnistía, muchas de ellas fueron obligadas a contestar preguntas hechas por las propias víctimas y sus familias en audiencias públicas<sup>34</sup>. Los aspirantes identificaron a otros implicados, incluyendo a los superiores que les dieron órdenes. Por supuesto, la amnistía fue un incentivo de gran alcance sólo porque una segunda vía de persecución penal esperaba a aquellos que no revelaban la verdad. Pero la política condicional de la amnistía reveló a los autores de muchos más crímenes, los publicitó, y los mostró como formando parte de un abrumador patrón de opresión. El alcance más reducido de un proceso exclusivamente penal hubiera estado dominado por inevitables negociaciones que generalmente no logran sonsacar testimonio alguno, infligen sentencias reducidas, y reciben

---

<sup>32</sup> Diba Majzub, *Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court*, 3 MELBOURNE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 251 (2002); Diane Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 YALE LAW JOURNAL 2537, 2546, n. 32 (1991); *Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the Prosecution of Axis War Criminals, June 7, 1945, reprinted in* 39 AM. J. INT'L L. 178, 184 (Supp. 1945) (en el cual el consejo jefe de E.E.U.U. describe en el tribunal de Nuremberg esos juicios como una manera de “establecer acontecimientos increíbles por medio de evidencia creíble”).

<sup>33</sup> Requirieron al comité de Derechos Humanos publicar “los nombres completos de cualquier persona a la cual se ha concedido amnistía junto con la información suficiente para identificar el acto, la omisión o la ofensa respecto a la cual se ha concedido la amnistía.” Acta del TRC, N. *supra* 26, en el sec. 20 (6). Por el contrario, Priscilla Hayner observa que “un vistazo rápido a transiciones recientes... deja en claro que los juicios exitosos a los perpetradores son poco comunes y donde ocurren, son generalmente poco numerosos y alcanzan raramente a los mayores perpetradores.” Hayner, *Unspeakable Truths*, *supra* n. 28, at 89

<sup>34</sup> Robert I. Rotberg, *Truth Commissions and the Provision of Truth, Justice, and Reconciliation*, en TRUTH V. JUSTICE: THE MORALITY OF TRUTH COMMISSIONS 3, 15 (R. Rotberg and D. Thompson, eds., 2000). Intentando mantener la ley de amnistía, el juez John Didcott de la Corte Constitucional Sudafricana dijo, “las amnistías a disposición de los individuos son imprescindibles si se intenta lograr que un objetivo esencial de la legislación sea alcanzado, el objeto de revelar por fin la verdad sobre las atrocidades cometidas en el pasado y la responsabilidad de ellas nace. Las fuentes primarias de la información referente a esas infamias, los perpetradores mismos, difícilmente estarían dispuestos a divulgarlas voluntaria, honesta y sinceramente sin la protección de exenciones contra la responsabilidad.” Aryeh Neier, *The Trouble with Amnesty*, en WAR CRIMES: BRUTALITY, GENOCIDE, TERROR, AND THE STRUGGLE FOR JUSTICE 96, 105 (1998).

generalmente poca publicidad.

Otras características de la CVR la hicieron más eficaz que las persecuciones penales en la tarea de revelar las notorias verdades del pasado. Una es que éste era su propósito por excelencia: la Comisión fue diseñada para establecer una pintura completa de “las causas, la naturaleza y el grado de las graves violaciones de derechos humanos,” junto con sus “antecedentes, circunstancias, factores y contexto<sup>35</sup>.” La CVR se basó en 22.000 casos presentados por las víctimas y sus familias, testigos citados y -en estadios posteriores- en audiencias específicamente diseñadas para tratar la responsabilidad indirecta, compartida e institucional del apartheid. Su informe final describió y condenó la complicidad de los hombres de negocios, los medios, las iglesias, los médicos que rutinariamente falsificaron evidencia forense, y los jueces que miraron hacia otro lado frente a las matanzas realizadas bajo la custodia de la policía<sup>36</sup>.

Algunos han criticado la investigación y el informe de la CVR por ser seriamente defectuoso dadas sus numerosas omisiones<sup>37</sup> pero, virtualmente nada de esto hubiera salido a la luz con la misma claridad en un proceso penal. El propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia de ciertos individuos, la historia que surja estará moldeada por este objetivo. Un juicio no sólo se enfoca en los individuos más que en las instituciones responsables, sino que considera a estas últimas como virtualmente irrelevantes. La mayor parte del derecho penal, incluyendo la ley que regula los tribunales internacionales, se enfoca en el *mens rea*, presumiendo la elección y el libre albedrío; y omite el “imput social” del crimen, debido a esa presunción -de modo tal que las

---

<sup>35</sup> Promoción del Acta Nacional de la Unidad y la Reconciliación, La República de Sudafricana, Acta no 34 de 1995; según la enmienda prevista por la Promoción del Acta Nacional no. 84 de la Enmienda de la Unidad y la Reconciliación de 1995.

<sup>36</sup> RICHARD WILSON, THE POLITICS OF TRUTH AND RECONCILIATION IN SOUTH AFRICA 35 (2001). Estos resultados se encuentran en el informe de la TRC, vol. 4. Para una discusión de las Audiencias Institucionales de la TRC, ver ALEX BORAINÉ, A COUNTRY UNMASKED: INSIDE SOUTH AFRICA'S TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION 145-187 (2000).

<sup>37</sup> Mahmood Mamdani dice que la TRC falló en “ver al apartheid como un sistema, no dedicado hacia graves violaciones de Derechos Humanos *per se*, pero sí hacia la desposesión de africanos.” *Reconciliation without Justice*, 46 SOUTHERN AFRICAN REV OF BOOKS 3-5 (1996). Las remociones forzadas, la restricción de movimiento, el trabajo obligatorio y las regulaciones discriminatorias que abarcaron la vida cotidiana bajo el apartheid recibieron escasa atención en las tempranas audiencias del TRC. Ver también Kader Asmal, Louise Asmal, y Ronald Suresh Roberts, When The Assassin Cries Foul, en LOOKING BACK, REACHING FORWARD: REFLECTIONS ON THE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA 86-98 (2000); Hayner, Unspeakable Truths, *supra* n. 28, at 100.

condiciones que alimentan o mantienen las propensiones criminales no se hacen presentes en la escena<sup>38</sup>. Esto es especialmente problemático si las instituciones se encuentran substancialmente en falta, o si de lo que se trata es de una conducta extendida más que desviada –que es lo que ocurre a menudo en casos de crímenes contra la humanidad y el genocidio<sup>39</sup>.

La verdad es el prerrequisito para la justicia retributiva, pero la condena pública de los perpetradores por sus crímenes y la reafirmación de sus víctimas debe ser el paso siguiente. La CVR logró esto de dos maneras, ambas realmente inasequibles por la vía del proceso de enjuiciamiento penal. Una fue el resultado posterior del abultado volumen de espantosas confesiones hechas a la CVR: en la medida en que persona tras persona describía sus propios actos de horror, se tornó virtualmente imposible para los sudafricanos de todas las razas negar que estos crímenes atroces habían sido perpetrados. Con un número muy alto de confesiones –opuesto a un número limitado de enjuiciamientos – la CVR fue capaz de establecer con autoridad la historia de esta deliberada opresión, *reconocida mutuamente* por ambos, autores y víctimas, cuando de otra manera hubiera habido historias diferentes y auto-justificantes por parte de cada grupo racial.

La segunda ventaja que tuvo la CVR sobre un proceso puramente penal se refiere al grado de respeto y reafirmación que pudo proporcionar a las víctimas, a través de sus procedimientos. Puesto que el propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, la víctima es un medio para tal fin y no el objeto primordial de interés. El papel de la víctima en un proceso penal está confinado a menudo a la declaración; y su testimonio se encuentra restringido por los cargos específicos que se han presentado, las reglas de la evidencia, y la interrupción constante. La acotada función utilitaria que juega la víctima puede privarla de la oportunidad de dar cuenta de los abusos y el sufrimiento que le causaron. Por el contrario, una de las funciones centrales de la CVR

---

<sup>38</sup> Ver Judith N. Shklar, LEGALISM 172 (1964) (“there is often no *mens rea* to be found in the development of socially complex events such as war”); Marvin F. Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, 123 PENN L. REV. 1031, 1036 (1975) (“otros que buscan hechos posteriores-- en historia, geografía, medicina, cualquier cosa que -- no emule nuestro sistema adversarial”); IAN BURUMA, THE WAGES OF GUILT: MEMORIES OF WAR IN GERMANY AND JAPAN 168 (2002) (los “juicios no están para tratar la responsabilidad y la verdad colectivas” porque el lenguaje está “simplemente mal”); Mark A. Drumbl, *Pluralizing International Criminal Justice*, 103 MICHIGAN LAW REVIEW 1295 (2005).

<sup>39</sup> Mark Drumbl discute este punto en su artículo *Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to Civis in Rwanda*, 75 N.Y.U. L. REV. 1221 (2000).



–una función asignada por mandato legislativo- era la restaurar “la dignidad humana y civil de las víctimas de las graves violaciones de los derechos humanos a través de testimonios y recomendaciones al presidente referentes a la reparación para las víctimas.” Su método fue el de proporcionar una plataforma para que los millares de sudafricanos pudieran transmitir las atrocidades que sufrieron, en un ambiente no-adversarial como el del comité de derechos humanos (atrocidades que entonces fueron incorporadas en el histórico expediente compilado en los volúmenes del informe de la CVR<sup>40</sup>). Los aspirantes a la amnistía no sólo confesaron sus crímenes, sino que debieron contestar las preguntas formuladas por sus víctimas. A través de sus crímenes, los autores habían afirmado un derecho de dominación sobre sus víctimas, y de allí que, a través de sus mismos procedimientos, la CVR obligó a que incluso los criminales reconocieran y repudiaran esta situación, afirmando el valor moral y la posición social de las víctimas<sup>41</sup>. Este proceso ejemplifica lo que el científico político sudafricano Andre du Toit llama la *justicia del reconocimiento* -- “la justicia que implica respetar a los demás como iguales fuentes de verdad y como portadores de derechos<sup>42</sup>.” Según Pumla Gobodo-Madikizela, psicólogo y miembro del Comité de Derechos Humanos, muchas de las víctimas que atestiguaron encontraron justicia en el simple reconocimiento de parte del estado que sostuvo frente a cada uno de ellos: “usted tiene razón, fue dañado y eso estuvo mal<sup>43</sup>.” Las reparaciones de parte del estado fueron también una forma de reconocimiento y reafirmación de las víctimas, aun cuando decepcionaron a muchos por la forma en que fueron llevadas a cabo.

Por todas estas razones, la CVR fue capaz de condenar las atrocidades pasadas e identificar a sus autores en una escala masiva – tanto de manera oficial, en los informes de la CVR, como (en un grado totalmente imprevisto) en las mentes de los sudafricanos en general. Por supuesto, cualquier valoración de lo hecho por la CVR como instrumento de

---

<sup>40</sup> Comisión de Sudáfrica, *informe final*, Vols de la verdad y de la reconciliación. 1-5 (1998).

<sup>41</sup> Ver, e.g. Truth and Reconciliation Commission of South Africa, *Final Report*, Vols. 1-5 (1998).

<sup>42</sup> Andre du Toit, *The Moral Foundations of the South African TRC: Truth as Acknowledgement and Justice as Recognition*, en TRUTH V. JUSTICE, *supra* n. 33, at 122, 136.

<sup>43</sup> Ver MARTHA MINOW, BETWEEN VENGEANCE AND FORGIVENESS 60 (1998). Darryl Robinson dice que en la conferencia de Roma, algunos delegados “eran además conscientes de las poderosas imágenes de sincero arrepentimiento de los delincuentes y del perdón espontáneo de las víctimas en algunos de los procedimientos sudafricanos de la TRC, y se preguntaban si sería escandaloso declarar que la formalidad de la persecución es la única respuesta en todos los casos de crímenes internacionales.” Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, 14 EUR. J. INT’L L. 481, 483 n. 8 (2003).

justicia debe considerar también la otra cara de la moneda – lo que faltó en comparación con un procedimiento penal. Dos cuestiones son las más obvias y preocupantes. Primero, la CVR no proporcionó la mayor parte de las protecciones del debido proceso que se les concede a los acusados en los juicios penales legítimos, los cuales se diseñan de modo de asegurar la justicia al acusado, y veredictos individuales más altamente creíbles. En cierto grado, la CPI se encuentra en posición de evaluar y enunciar estándares apropiados para el debido proceso que debieran seguir las Comisiones de Verdad, dado que tiene la facultad de impugnar el programa de amnistía condicional de un Estado, implementando sus propios procesamientos cuando opine que los del Estado son insuficientes.

La segunda cuestión es, por supuesto, que los criminales que confesaron nunca recibieron un castigo formal. De todas formas, muchos creen que la CVR sí impuso una medida de responsabilidad a los autores de los crímenes. El juez Richard Goldstone, un ex juez y fiscal general sudafricano de la ICTY, cree que los aspirantes a la amnistía “sufrieron un castigo muy real” por la vergüenza que sufrieron haciendo sus confesiones públicas<sup>44</sup>. Las audiencias de la CVR eran públicas, cubiertas en gran parte por los medios impresos y la difusión a través de la televisión y la radio por varias horas al día. Una emisión televisiva de una hora que mostraba, cada semana, las audiencias de esa semana, supo captar más espectadores que cualquier otro programa de temas de actualidad<sup>45</sup>. La visibilidad de estas audiencias las convirtió en una poderosa forma de deshonra pública para los aspirantes a la amnistía –ellas imitaron, de esa forma, y de un modo relevante, la exposición propia de un proceso penal. Muy habitualmente, figuras respetadas, incluyendo médicos y científicos, así como líderes militares y políticos, admitían en público su participación en los hechos atroces que se denunciaban<sup>46</sup>.

La CVR buscó establecer responsabilidades, no culpas<sup>47</sup>. Pero la vergüenza que acompañó a la pública exposición de estos actos criminales aseguró que, tal como condenas penales, aquellos que se encontraron responsables sufrieran una fuerte forma de condena

---

<sup>44</sup> Gibson, N. *supra* 29, en 544.

<sup>45</sup> Hayner, *Unspeakable Truths*, *supra* n. 28, at 226.

<sup>46</sup> David Crocker, *Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society*, en *TRUTH V. JUSTICE*, *supra* n. 33, at 104.

<sup>47</sup> Francois du Bois, “*Nothing But the Truth*”: *The South African Alternative to Corrective Justice in Transitions to Democracy*, en *LETHE’S LAW: JUSTICE, LAW AND ETHICS IN RECONCILIATION* 92, 111 (E. Christodoloudidis and S. Veitch, eds., 2001).

moral – incluyendo la estigmatización y la censura proveniente de las comunidades a las que ellos retornaban<sup>48</sup>. Por otra parte, la atribución de culpabilidad *sobre un* acusado puede no llegar a conmover su sentido de lo correcto o el resentimiento que siente, mientras que una confesión pública ante su propia familia, sus amigos y su comunidad engendra el reconocimiento de su extrema trasgresión, y a menudo el remordimiento<sup>49</sup>. Ciudadanos de Uganda describen el tradicional ritual Acholi *mato oput* como una forma de castigo en este sentido, porque “usted está libre, pero siente el peso de lo que usted ha hecho<sup>50</sup>.” También es importante recordar que aquellos que no se presentan a confesar pero que resultan delatados por otros que sí se presentan, pueden ser perseguidos penalmente y castigados a partir de evidencias que de otra manera no hubieran existido.

Ningún mecanismo es capaz de garantizar la justicia perfecta; ciertamente, ni un proceso penal convencional, ni el programa de amnistía-para-la verdad de la CVR podría reclamar para sí la capacidad de lograr dicho objetivo en Sudáfrica. Si nos preguntamos si una institución como la CVR debe ser juzgada moralmente aceptable por la CPI, debemos comparar sus fuerzas y debilidades no sólo con un proceso adversarial, sino también con las metas que la CPI puede esperar lograr realmente. La cientista política Catherine Lu ofrece una interpretación de estas metas:

Al final, el principal mérito de la CPI respecto del proyecto de regeneración moral, puede no recaer en sus poderes punitivos, sino en su capacidad para establecer un documento veraz y con autoridad sobre los acontecimientos y las violaciones producidas, y de esta forma promover reparaciones a las víctimas, a las comunidades afectadas; a la vez que impulsar la reflexión pública y privada; necesarias para la regeneración moral de todos los sobrevivientes a la violencia y a

---

<sup>48</sup> Ver, por ejemplo, Archbishop Desmond Tutu, *Criticisms and Challenges*, en Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Final Report (1998), Vol. 1, Foreword, par. 35. El informe de la Comisión de la Verdad de la Argentina ha cambiado de manera semejante las vidas de muchos de los que fue revelada su responsabilidad. Ver See David Crocker, *Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society*, en TRUTH V. JUSTICE, *supra* note 2, at 104 .

<sup>49</sup> Ver Drumbl, *Punishment, Postgenocide*, *supra* n. 38, at 1265. Como Drumbl nota. “cuando los agresores puedan ver el daño por sí mismos, en vez de negarlo en la espléndida insularidad de la prisión, podrán oír las palabras de los sobrevivientes,... quizás entonces sus conciencias se preocuparán.” Id. at 1262.

<sup>50</sup> REFUGEE LAW PROJECT WORKING PAPER NO. 15, *supra* n. 1, at 26-7 (quoting Acholi leader).

la atrocidad<sup>51</sup>.

A través de este estándar, la CVR y sus sucesoras, que están bien situados para el logro de estas metas, ofrecen una ruta posible a los fines de satisfacer el potencial de la CPI.

\*

Si lo dicho hasta aquí es cierto, podríamos derivar entonces algunas implicaciones de política pública. La primera se refiere al argumento consecuencialista para la impunidad: si existe un mecanismo no-penal razonable para asegurar la responsabilidad, no hay justificación para que la CPI tolere la impunidad total, aun cuando consideraciones consecuencialistas prohíban la persecución. Más bien, la CPI sólo estaría justificada a aceptar un método alternativo de responsabilidad como el citado. Más aún, si tal alternativa *pudiese* existir, la CPI tendría la responsabilidad de asegurar que *siempre tuviera* los medios para hacerlo. No debe permitirse una opción forzada entre la paz sin justicia o la justicia sin paz, si es que la adopción de ciertas políticas elimina o reduce dicha posibilidad. Supongamos que el fiscal opina que el modelo sudafricano de la CVR es una alternativa moral aceptable cuando la persecución no es factible. Ciertamente existen políticas que podrían motivar y facilitar su uso en casos apropiados. Sin entrar en detalles, un sistema tal de políticas, diseñado para manejar casos cuando el procesamiento sólo pudiera lograrse a un costo desastroso, debería (1) Rechazar las amnistías incondicionales, (2) Detener la persecución cuando eso sea suficiente para evitar un desastre, (3) Optar por un mecanismo no-penal constituido y regulado por el Estado, cuando sea posible y (4) Fijar un cuerpo de estándares y “mejores prácticas” para las Comisiones de la Verdad y para las amnistías condicionales contra las que debería evaluarse la plausibilidad de una institución particular del Estado. A través de la fijación de estos estándares, la CPI o sus fiscales podrían ayudar a tornar viable la opción de paz con responsabilidad, en situaciones que tradicionalmente han presentado un dilema moral sin solución.

---

<sup>51</sup> Catherine Lu, *The International Criminal Court as an Institution of Moral Generation: Problems and Prospects* (Dec 7, 2004 manuscript on file with author at Ch. 4, p. 30).

#### IV. Conclusión

He explorado algunos asuntos fundamentales y difíciles, que subyacen a lo que típicamente se entiende como el problema de “paz vs. justicia,” y he sugerido un análisis que puede ayudar a resolverlos. Al menos, espero haber demostrado que una preocupación constante por los derechos humanos justifica, a veces, mirar más allá de la persecución penal, para poner la atención sobre otras alternativas posibles. A pesar de los logros y del gran potencial de la CPI y de los otros tribunales penales internacionales, no se puede asumir que la confianza uniforme en la persecución y en el castigo fomentará siempre, de la mejor forma posible, la causa de los derechos humanos. Instituciones tales como la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación, con sus amnistías condicionadas a una confesión, deben también ser reconocidas como un avance de los derechos humanos y, en ciertas circunstancias, como una opción necesaria y moralmente aceptable para la Corte.

Existen muchos argumentos en favor de esta visión. El que está propuesto aquí proviene de la obligación natural de la de la CPI de hacer justicia. He argumentado que tal obligación existe porque no es moralmente tolerable para una sociedad ignorar crímenes nefastos contra sus propios miembros. Un corolario es que esta obligación es fundamentalmente un deber de repudiar el crimen y reafirmar la igualdad y el status moral inviolable de las víctimas. Castigar al autor es una forma de alcanzar esto, pero métodos alternativos tales como la Comisión Sudafricana para la Verdad y la Reconciliación, y algunos sistemas tradicionales de justicia, lo han logrado también. Consecuentemente, en circunstancias particulares, la CPI estaría autorizada para alentar a los estados a que adopten disuadir a los estados a que adopten métodos no-penales para condenar los crímenes e imponer responsabilidad.

Existen otras razones para que la CPI se mantenga abierta a los métodos alternativos –razones de las que aquí sólo podemos dar breve cuenta<sup>52</sup>. Una es que, aun si asumimos que la justicia requiere de la persecución penal, puede haber un punto en el cual las consecuencias de proceder de esa forma se vuelvan tan catastróficas que las obligaciones de justicia retributiva se encuentren sobrepasadas y deban ceder. Pero, si dichas obligaciones

---

<sup>52</sup> Trato estas cuestiones adicionales detalladamente en *The Challenge of a Global Standard of Justice*, *supra* n. 8, partes IIB y C.

ceden, permanece un deber de mitigar la injusticia del modo más amplio posible y entonces, de nuevo, las Comisiones de la Verdad y las amnistías condicionales pueden desempeñar un papel importante. Otra razón subyace en la sabiduría de la tolerancia en medio de la diversidad global, la cual sugiere que la Corte adopte una filosofía pluralista en sus intereses de justicia y en sus valoraciones complementarias. Uno de los desafíos centrales al desarrollar un estándar global de justicia –algo que la Corte hará, inevitablemente, a través de sus decisiones complementarias- es el de definir el alcance apropiado y los límites necesarios de la diversidad en los métodos estatales de responsabilidad. Nadie ha podido establecer, de manera precisa, el punto en el que la diversidad moral legítima termina, y comienzan los imperativos morales universales, pero ésta es una cuestión central de nuestros tiempos e inevitable para la corte.

Como he observado, nuestro tema está a menudo caracterizado como el dilema “paz vs. justicia”. Esta terminología no es la adecuada porque presenta la cuestión como un dilema moral sin solución y confina nuestro pensamiento a una opción forzada entre la guerra y la injusticia. Parte de la tarea de este artículo ha sido demostrar que incluso en las situaciones más difíciles puede haber una tercera alternativa, más allá de la guerra o la injusticia, si la Corte la adopta. Algunos pueden temer que a menos que la Corte exija consistentemente la persecución penal, sus potenciales contribuciones a la justicia internacional se verán frustradas. He sugerido que, en ocasiones, la Corte debe asegurar que haya menos alternativas abismales que paz sin justicia o justicia sin paz y que al hacerlo fomentará, en vez de obstaculizar, una de sus obligaciones esenciales -- asegurar que aquellos que sufren crímenes extremos no tengan nunca más que hacer frente a un comunidad internacional indiferente a su victimización. La historia de los derechos humanos es la historia de un viaje intrínsecamente lento desde relaciones de poder hacia relaciones de justicia. *Tiene que ser así*, porque el poder no cede en sus prerrogativas, fácil o incondicionalmente. Por esa razón, la CPI no podrá evitar nunca el enfrentarse con severas limitaciones y complejos dilemas morales. Sin embargo, ella sí *puede* esperar ser una parte integral del viaje hacia la justicia internacional.

*Una investigación detallada de estas y varias otras consideraciones morales que debe contener la jurisprudencia sobre amnistía de la CPI se encuentra en el artículo del autor,*

El desafío de un estándar global de justicia: Paz, pluralismo y castigo en la Corte Penal Internacional, *44 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW* (2006), disponible en línea en: <http://ssrn.com/abstract=834004> >. Este artículo está basado en ese estudio.