

**LA POSIBILIDAD DE PERDONAR
A LOS RESPONSABLES DE COMETER
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD**

Alfredo M. Vítolo

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones en el mes de abril de 2009.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2007 / 2008**

Presidente Académico GREGORIO BADENI
Vicepresidente . . . Académico ISIDORO J. RUIZ MORENO
Secretario Académico HUGO O. M. OBIGLIO
Tesorero Académico JORGE EMILIO GALLARDO
Prosecretario . . . Académico FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Protesorero Académico HORACIO SANGUINETTI

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina nombramiento	Fecha de	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA .	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE.....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Pedro J. FRÍAS	10-12-80	Estanislao Zeballos
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA.....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA.....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI.....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos María BIDEGAIN	25-06-86	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Carlos A. FLORIA.....	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA .	22-04-87	Nicolás Avellaneda

Nómina nombramiento	Fecha de	Patrono
Dr. Gerardo ANCAROLA	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO.....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Félix LUNA	23-04-97	Roque Sáenz Peña
Dr. Víctor MASSUH.....	23-04-97	Domingo F. Sarmiento
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU	28-04-99	José de San Martín
Dr. Adolfo Edgardo BUSCAGLIA	10-11-99	Dalmacio Vélez Sársfield
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Miguel M. PADILLA.....	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Estaban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS ...	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO.....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González

LA POSIBILIDAD DE PERDONAR A LOS RESPONSABLES DE COMETER CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Por el DR. ALFREDO M. VÍTOLO

“Un enfoque axiológico basado en el puro solip-sismo no es la mejor puerta de entrada a la realidad que contempla la Constitución Nacional. Por el contrario, un examen neutral es la vía científica que conduce en plenitud a su conocimiento. De otro modo, los principios garantistas se verían conculcados ‘con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho’”.

(Carlos S. Fayt, disidencia en la causa *Mazzeo*)

En el presente trabajo nos proponemos sostener una premisa no poco controvertida en estos días: que los estados, sin renunciar a la idea de justicia, tienen la potestad, conforme a sus derechos nacionales y sin violar obligaciones de derecho internacional, de indultar o amnistiar a los responsables de haber cometido crímenes de lesa humanidad en el marco de conflictos internos. El tema reviste especial trascendencia en nuestro país frente a decisiones recientes de sus tribunales y en particular de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, que consideraron inconstitucionales las leyes 23.492, de “punto final” y 23.521, “de obediencia debida”¹, y los indultos dictados por el Poder Ejecutivo a los responsables del terrorismo de estado durante la década de 1970². En ambos casos, las sentencias se fundaron, en lo sustancial, en que supuestas normas imperativas de derecho internacional que vincularían a la República Argentina³, prohibirían el perdón de este tipo de delitos. Nos proponemos demostrar lo erróneo de este razonamiento. El mismo refleja el uso de la técnica conocida como *precedent shopping*, la cual consiste en la elevación de posturas ideológicas controvertidas al nivel de precedente en apoyo de una determinada teoría⁴. No se trata aquí de negar la obligatoriedad de las normas *ius cogens* de derecho internacional, sino simplemente de sostener que no existe una norma de tal carácter que impida a los estados conceder amnistías o indultos respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el

¹ CSJN, *Simón*, Fallos 328:2056 (2005).

² CSJN, *Mazzeo*, Fallos 330:____ (2007).

³ Y que, conforme el voto impersonal (Petracchi) de la Corte Suprema en la causa *Simón*, (cit. en nota 1, *supra*) se habrían desarrollado con posterioridad a la sentencia de la propia Corte en el caso *Camps*, Fallos, 310:1162 (1987): “14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos (con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza. 15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite”.

⁴ Los siete votos concurrentes de los miembros de la Corte Suprema en el caso *Simón* se fundan esencialmente en una interpretación parcial, extensiva y descontextualizada de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre vs. Perú)*, Corte IDH, Serie C No. 87, sentencia del 14 de marzo de 2001 (ver *infra*, parte C). Dejamos en claro, no obstante, que no es el propósito de este trabajo realizar una crítica detallada de estos fallos, sino simplemente utilizarlos como punto de partida de nuestro análisis.

marco de un conflicto interno. La realidad, como se pondrá de manifiesto en este trabajo, es que en esta área, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional están lejos de haber alcanzado un acuerdo sobre el punto, y las posiciones se mantienen fuertemente divididas⁵. De igual modo, sostendremos también que las obligaciones asumidas por los estados (y, en particular, por la República Argentina) en virtud de tratados de derechos humanos tampoco pueden ser interpretadas en aquel sentido.

En la primera parte de nuestro trabajo realizaremos unas breves aclaraciones conceptuales a fin de delimitar el marco de análisis. Asimismo, haremos algunas precisiones estructurales acerca del rol del perdón en el orden jurídico y el papel del derecho internacional en las jurisdicciones domésticas. Luego, en la parte B, pasaremos rápida revista a la historia de los institutos de la amnistía y el indulto, con particular referencia a nuestro derecho interno. En la parte C, analizaremos los antecedentes en materia de indultos y amnistías del derecho internacional, tanto mediante referencias a los tratados que procuran establecer un sistema de justicia penal internacional para estos crímenes, como a aquellos otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como a posturas doctrinarias y decisiones de diferentes órganos internacionales de protección, todo ello en la búsqueda de la norma prohibitiva. Tras este análisis, concluiremos en la parte D, en que ninguno de aquellos proscribe a los estados, en ejercicio de su soberanía, y dentro de ciertos límites, perdonar este tipo de conductas con el objeto de restablecer la paz social, el estado de derecho y el respeto irrestricto de los derechos humanos.

⁵ Como se ha sostenido, “la ley que gobierna la responsabilidad individual por violaciones a la dignidad humana en conflictos armados internos está tan fragmentada que es incoherente. La más afiladas mentes legales del derecho internacional no son capaces de ponerse de acuerdo en cuál es la ley, y mucho menos en su significado, impacto o aplicación.” (BARBARA STARK, *After/Word(s): ‘Violations of human dignity’ and Postmodern International Law*, 27 Yale J. Int’l L. 315 (2002)). Ver también, MICHAEL P. SCHARF, *From the exile files: An essay on trading justice for peace*, 63 Wash. & Lee L. Rev. 339 (2006)).

A. Cuestiones Preliminares

1. Definiciones

A fines de embarcarnos en la tarea propuesta, resulta necesario realizar algunas precisiones conceptuales para no generar dudas acerca del alcance de nuestro planteo. A efectos de nuestro trabajo, consideraremos “crímenes de lesa humanidad” a los definidos como tales en el Estatuto de Roma para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, o sea, actos de notoria gravedad que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las personas, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque⁶. Dada la definición adoptada, que supera las discusiones que existieron en un pasado reciente sobre los alcances del concepto⁷, resultará irrelevante que esta conducta haya tenido

⁶ *Estatuto de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional* (Documento A/CONF.183/9, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional y en vigencia desde el 1 de julio de 2002), Art. 7, “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

⁷ Sobre la evolución del concepto de “crímenes de lesa humanidad”, ver EMILIO J. CÁRDENAS, *Conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad*, ED, 217, p. 646. Ver también, DIANE F. ORENTLICHER, *Settling accounts: The duty to punish human rights violations of a prior regime*, 100 Yale L.J. 2537 (1991).

lugar en el marco de un conflicto internacional o doméstico, o que sus autores revistan o no el carácter de agentes gubernamentales⁸. Tal como ha sostenido el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia en el caso *Tadic*: “es hoy una regla establecida de derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren una conexión con un conflicto armado internacional, y que el derecho internacional consuetudinario no requiere exigir una conexión entre los crímenes contra la humanidad y algún tipo de conflicto”⁹. El mismo tribunal, en la causa *Erdemovic*, completó el principio, sosteniendo que lo que caracteriza a estos crímenes es que ellos trascienden al individuo “ya que cuando el individuo es asaltado, la humanidad toda es atacada y negada. Es por lo tanto el concepto de humanidad como víctima el que caracteriza a los crímenes de lesa humanidad”¹⁰.

Por su parte, definimos a las amnistías e indultos como aquellas herramientas jurídicas utilizadas por los estados para, en situaciones excepcionales, limitar los efectos normales del derecho penal, sea extinguiendo el delito o extinguiendo o reduciendo la pena aplicada como consecuencia del mismo. Si bien nuestra Corte Suprema ha intentado distinguir entre los fines que inspirarían a ambos institutos, sosteniendo que indulto “significa el perdón de la pena... para suprimir o moderar en casos excepcionales

⁸ “Nuestros instintos humanitarios demandan con vigor que tratemos a las consecuencias legales de las distinciones entre conflictos internos e internacionales, entre tiempo de guerra y atrocidades en tiempos de paz, como irrelevantes” (BRUNO SIMMA & ANDREAS L. PAULUS, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view*, 94 Am. J. Int’l L., 302 (1999)). Con posterioridad a nuestra exposición sobre este tema en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, en la causa *Firmenich* (sentencia del 21 de diciembre de 2007), contradujo esta postura sosteniendo que sólo puede considerarse “crimen de lesa humanidad” el cometido por personas diferentes de agentes gubernamentales si éstas poseen un control territorial y político similar al de un estado.

⁹ TPIY, *Fiscal v. Dusko Tadic* (Jurisdicción), Caso No. IT-94-1, 2 de octubre de 1995, § 141.

¹⁰ TPIY, *Fiscal v. Drazen Erdemovic* (Sentencia), Caso No. IT-96-22-T, 29 de noviembre de 1996, § 28.

el rigorismo excesivo de la ley, mientras la amnistía es el olvido de un hecho delictuoso para establecer la calma y la concordia social”¹¹, dicha distinción finalista no encuentra su justificación ni en la historia de los mismos, tal como señalaremos en el punto siguiente, ni la Corte brinda en su fallo razón de sus dichos, lo que nos lleva a considerar aquélla como una mera afirmación dogmática. Por ello, a los fines de nuestra exposición, trataremos a ambos institutos como sendas expresiones de la potestad estatal de perdonar¹², la cual puede encontrar su razón, en palabras de Goldschmidt, tanto “en un acto de justicia, un acto de prudencia o un acto de caridad”¹³, más allá de cuál fuere el órgano estatal que tuviere asignada la atribución en el ordenamiento doméstico¹⁴.

También resulta necesario alcanzar un acuerdo previo sobre el concepto y alcance de las normas *ius cogens* de derecho internacional. Tras largos debates sobre el punto, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 las define en su artículo 53 como aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. No obstante, y sin perjuicio del consenso alcanzado en la definición, la comunidad internacional está aún lejos de haber logrado acuerdo acerca de cuáles serían las normas de derecho internacional que poseen este carácter¹⁵, con

¹¹ CSJN, *Hipólito Irigoyen*, Fallos 165:199 (1932).

¹² En forma similar, DIANE F. ORENTLICHER, *Settling accounts...*, cit. en nota 7, *supra*.

¹³ WERNER GOLDSCHMIDT, *Qué es y por qué se concede una amnistía*, LL, 90, p. 668.

¹⁴ En razón de lo expuesto, resulta absolutamente irrelevante, a los fines de este trabajo, detenernos en analizar si las llamadas leyes de “obediencia debida” y “punto final”, dictadas por la República Argentina, constituyeron una u otra especie.

¹⁵ Ver, JORGE VANOSI Y ALBERTO DALLA VÍA, *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2da. Ed., Abeledo Perrot, 2000, p. 31. En forma similar, MICHAEL P. SCHARF, *From the exile...*, cit. en nota 5, *supra*: “el concepto de *ius cogens* es una de las doctrinas más ambiguas y teóricamente problemáticas del Derecho Internacional”.

excepción de unas pocas, tales como la prohibición de tortura, genocidio y ejecuciones extrajudiciales¹⁶. Pero de ellas no deriva, necesariamente, la prohibición del perdón a sus autores¹⁷.

Dados los altos valores que la norma *ius cogens* procura proteger, éstas se posicionan en un nivel superior respecto del resto del ordenamiento jurídico¹⁸. Al respecto, cualquiera sea la postura que se adopte acerca de la posición que dichas normas poseen en el ordenamiento jurídico interno y, en particular, su relación con la norma constitucional¹⁹, entendemos que una norma de este tipo que excluyera de la posibilidad de perdón a un determinado tipo de delitos, no entraría, en principio, en conflicto con ninguna disposición de nuestra constitución²⁰, pudiendo ser considerada una restricción válida de la potestad de perdón a fin de salvaguardar la dignidad del ser humano, principio claramente superior.

¹⁶ Ver, por ejemplo, la sentencia de la Cámara de Apelaciones Federal del Segundo Circuito de los Estados Unidos en la causa *Filartiga v. Pena Irala*, 630 F.2d.876 (1980); DIANE F. ORENTLICHER, *Settling Accounts...*, cit. en nota 7, *supra*; ERIC BLUMENSON, *The challenge...*, cit. en nota 22, *infra*.

¹⁷ En contra, TPIY, *Fiscal v. Furundzija*, Caso No. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, § 155. En la opinión del tribunal en esta causa, sería inconsistente permitir una amnistía frente a la violación de una norma *ius cogens*. Disentimos con esta posición, tal como exponemos *infra*. Si bien no puede permitirse una condonación *a priori* de tales conductas, pueden existir otras razones que justifiquen tal proceder *a posteriori*.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Sobre el punto, ver ALFREDO M. VÍTOLO, *El derecho internacional y la interpretación de la Constitución*, Ponencia presentada al XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, 2007 (Agenda Internacional, N° 13, p. 82).

²⁰ Coincidimos en este tema con lo expuesto por Quiroga Lavié, para quien si bien la República Argentina no podría renunciar en forma indiscriminada al derecho a amnistiar, una norma que prohibiera las amnistías respecto de un delito en particular, o de un tipo de delitos, sería válida (HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, en la actualización al *Manual de la Constitución Argentina* de JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, La Ley, 2002, § 459 bis).

2. El rol del perdón en el derecho penal

Si bien no es este trabajo el lugar apropiado para debatir los fundamentos de la pena en el ámbito del derecho penal²¹, no cabe duda alguna que, sean cuales fueren aquéllos, y aun cuando pudiera aceptarse una función meramente retributiva de la pena²², las figuras de la amnistía y el indulto introducen un nuevo elemento a considerar y que no puede en modo alguno ser soslayado: la idea del perdón no como acción misericordiosa de un gobernante magnánimo respecto del individuo que recibe el mismo, sino el reemplazo de la idea de una justicia individual que vincula una conducta con su consiguiente sanción, por aquella que pone el centro en el bienestar general de la sociedad, y por ende de sus integrantes, aún a costa de dejar sin pena (o con una pena reducida) al responsable de haber cometido un delito. Desde este punto de vista, ambos institutos, que obviamente significan una limitación a la potestad punitiva clásica del derecho penal, han sido establecidos por los constituyentes como parte de la función que cabe al estado de reglamentar los derechos individuales en aras a hacer posible la convivencia social, necesaria para el desarrollo pleno del individuo como ser libre²³. De este modo, se sustrae la discusión del ámbito puro penal para llevarla a un ámbito superior, el del derecho constitucional, organizador del estado como garante y promo-

²¹ Recordemos, sin embargo, que nuestra Constitución establece con claridad que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (CN, art. 18). Ver también CARLOS S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, 1989, cap. XI.

²² Nino señala que aun bajo una visión retribucionista de la pena, la obligación moral del estado de sancionar determinadas conductas depende de las consecuencias de dicha sanción (CARLOS S. NINO, *The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina*, 100 Yale L.J. 2619 (1991); ver también ERIC BLUMENSON, *The challenge of a global standard of justice: peace, pluralism, and Punishment at the International Criminal Court*, 44 Colum. J. Transnat'l L. 801 (2006)).

²³ Sobre la limitación a los derechos individuales y los límites a la potestad regulatoria del estado al respecto, ver ALFREDO M. VITOLO, *Regulation and Restriction of constitutional rights, a comparative analysis*, tesis presentada para la obtención de la maestría en derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, EEUU, 1989 (ejemplar en la biblioteca de dicha Universidad, Hollis, 001706039).

tor de la libertad individual. Así, los institutos de la amnistía y el indulto presentan una clara función garantista que el derecho internacional no debe –ni puede– desconocer²⁴.

La idea de que ciertos delitos, por su gravedad, no pueden de ningún modo ni en ninguna circunstancia ser perdonados²⁵, contradice el objetivo del derecho penal liberal y no permite a los estados utilizar herramientas útiles en la búsqueda por consolidar la paz y la libertad de la sociedad y sus integrantes en su conjunto, transformando el castigo penal en mera venganza colectiva contra el autor del delito.

3. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los estados

La influencia del derecho internacional de los derechos humanos en las jurisdicciones domésticas y el relajamiento del principio de soberanía nacional en esta materia son realidades

²⁴ Ver disidencia del juez Fayt en la causa *Simón*, cit. en nota 1, *supra*, considerandos 95 y sigs. Este mismo juez, en la causa *Aquino*, Fallos 315:2421 (1992), y reiterado luego en *Mazzeo*, cit. en nota 2, *supra*, expresó: “...la institución del indulto en el sistema constitucional argentino no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, sino un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de organización jurídico-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general. No consiste en un acto de gracia privado, sino en una potestad de carácter público instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad... (y) que si bien su naturaleza se vincula originariamente con la imperfección de la justicia o el conocimiento posterior al fallo de circunstancias que atenúen o modifiquen la gravedad del delito y la inflexibilidad de la ley penal, en la actualidad está destinada a asegurar los fines establecidos por el sistema constitucional argentino”.

²⁵ Ver, por ejemplo, la postura de la ex-comisionada de Derechos Humanos Mary Robinson, quien sostiene: “énfatizo que ciertas groseras violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no deben encontrarse sujetas a amnistías. Debemos ser cautos en no enviar el mensaje equivocado respecto a las amnistías por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario: ciertos crímenes son tan abominables que no pueden quedar sin condena” (MARY ROBINSON, en PRINCETON PROJECT ON INTERNATIONAL JURISDICTION, *The Princeton Principles on International Jurisdiction (Foreword)*, cit. en nota 53, *infra*, p. 18).

incontrastables de nuestro tiempo. El derecho internacional de los derechos humanos se ha transformado hoy en un verdadero *ius commune* que los estados se obligan a respetar²⁶. Ello nos obliga a analizar si existen en dicho derecho normas obligatorias que impidan a los estados el ejercicio de la facultad de perdonar. Y a eso precisamente dedicaremos la parte C de nuestro trabajo.

4. Los principios de “jurisdicción universal” y “*aut dedere, aut judicare*”

Por último, debemos aclarar que nuestra postura en modo alguno significa cuestionar ni el principio de jurisdicción universal ni tampoco el principio *aut dedere, aut judicare* ni su aplicabilidad a este tipo de delitos. Conforme el primero de estos principios, una persona acusada de delitos contra el derecho de gentes (entre los cuales, en nuestra opinión, se incluyen los crímenes de lesa humanidad) puede y debe ser juzgada por cualquier tribunal, nacional o internacional que logre asumir jurisdicción sobre la persona²⁷. Por su parte, la regla *aut dedere, aut judicare* (entregar o juzgar) obliga a un estado a juzgar a una persona acusada de estos crímenes o bien a extraditarlo para permitir su juzgamiento por otra jurisdicción. Ambos principios, de base originalmente

²⁶ Ver, ALFREDO M. VÍTOLO, *El derecho internacional y la interpretación de la Constitución*, cit. en nota 19, *supra*; *El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales*, ponencia presentada Comisión de “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, celebradas en Iquique, Chile, entre los días 31 de marzo y 2 de abril de 2005, bajo el auspicio de las asociaciones chilena, peruana y argentina de Derecho Constitucional.

²⁷ Tribunal Constitucional (España), *STC 237/2004* (“Rigoberta Menchú”). En este caso se cita la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delinquentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la ley internacional”.

consuetudinaria y luego recogidos en numerosos tratados²⁸, resultan claramente complementarios, lo que ha llevado a que hayan sido frecuentemente confundidos²⁹, y contribuyen al fortalecimiento de la vigencia universal de los derechos humanos. En nuestra opinión, ambos revisten el carácter de norma imperativa de derecho internacional³⁰ tanto en lo que refiere a conflictos internacionales como meramente internos³¹. Sin embargo, de ellos no se desprende necesariamente que deba negarse *per se* la validez interna de las medidas de perdón que hubieren podido ser

²⁸ Ver, entre otros, *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, del 9 de diciembre de 1948; *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, del 10 de diciembre de 1984 y la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*, del 9 de junio de 1994.

²⁹ La Comisión de Derecho Internacional, sin embargo, se encuentra abocada a realizar una distinción entre los principios de “jurisdicción universal” y la obligación de juzgar o extraditar (ver el informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2006 (58° período de sesiones), Documentos Oficiales, 61° período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10), Cap. XI, párr. 226).

³⁰ La discusión de la fuente del principio *aut dedere, aut judicare* puede verse en el Informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas, cit. en nota 29, *supra*, Capítulo XI, párrafos 216 y sigs.

³¹ Algunos autores, sin embargo, han sostenido que no es posible extender actualmente el principio de jurisdicción universal –claramente establecido para los crímenes de guerra– a los crímenes cometidos en conflictos meramente domésticos (ver, por ej. MARY GRIFFIN, *Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: a major challenge for international law in the 21st. century*, IRRC N° 838, p. 369 (2002); SIMON M. MEISENBERG, *The legality of amnesties in International Humanitarian Law. The Lomé Amnesty, decision of the Special Court of Sierra Leone*, IRRC N° 856 (2004); MICHAEL P. SCHARF, *From the exile...*, cit. en nota 5, *supra*; BRUNO SIMMA & ANDREAS L. PAULUS, *The responsibility of individuals...*, cit. en nota 8, *supra*). No obstante, como sostiene Theodore Meron, “no existe justificación moral, ni razón legal de peso, para tratar a los autores de atrocidades en conflictos internos de manera más benévola que a aquellos involucrados en guerras internacionales” (THEODORE MERON, *International criminalization of internal atrocities*, 89 Am. J. Int’l L. 554 (1995)). Esta última postura, que compartimos, encuentra su fundamento en que, como enseñaba el profesor Mirkiné Guetzévitch, no puede considerarse real que el hombre posea dos conciencias jurídicas diferentes, una interna y otra internacional (BORIS MIRKINE GUETZÉVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Reus, Madrid, 1934, cap. II). Ver al respecto también, las consideraciones acerca del desarrollo de una *conciencia jurídica universal* realizadas por el juez Cañado Trinidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus votos particulares en los casos *Bámaca Velásquez* (Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, cons. 16 y sigs. y Barrios Altos (cit. en nota 4, *supra*)).

adoptadas por las autoridades nacionales competentes en el caso concreto llevado a juicio, o que el tribunal (nacional o internacional) que llegue a juzgar este tipo de crímenes no deba considerar éstas³².

B. El perdón en la historia. Derecho Nacional

Los registros históricos de la primera amnistía nos retrotraen al siglo IV a.C., al perdón otorgado por Trasíbulo, en Atenas, a los 30 Tiranos tras la guerra con Esparta, con la intención de restablecer la paz en el pueblo ateniense sobre la base de un amplio olvido de lo ocurrido. En el derecho romano, el perdón de los delitos era también un mecanismo comúnmente utilizado por las autoridades con fines de pacificación o unidad nacional, pudiendo citarse, entre otros, el perdón otorgado por el Senado romano tras el asesinato de César, a propuesta de Cicerón³³. Como señala el voto del juez Robertson del Tribunal Especial de Sierra Leona, “el perdón ha sido una prerrogativa del poder desde tiempos inmemoriales”³⁴.

Los mismos Evangelios nos relatan el episodio del indulto de Poncio Pilatos, gobernante romano de Judea, a Barrabás, a fin de mantener apaciguado al pueblo de Israel evitando su insurrec-

³² Ver RAÚL E. VINUESA, *El territorio no limita al derecho*, Diario Clarín, 12 de agosto de 2000; ALFREDO M. VÍTOLO, *La extradición por crímenes cometidos en el país es inconstitucional*, LL, columna de opinión, 2003, E-1497; MICHAEL SCHARF, *The letter of the law: the scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes*, 59 *Aut. Law & Contemp. Probs.* 41 (1996). Ver también, los estatutos de los tribunales penales internacionales de la Ex-Yugoslavia y Rwanda (ver *infra*, Parte C).

³³ Ver ALFREDO VÍTOLO, *Amnistías Políticas Argentinas*, Ciudad Argentina, 2005, p. 27 y sigs. Ver también, entre otros, PACÍFICO RODRÍGUEZ VILLAR, *La amnistía en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1932, p. 59 y sigs.

³⁴ Tribunal Especial de Sierra Leona, *Fiscal c/ Allieu Kondewa*, Caso SCSL-2004-14-AR72(E) del 24 de mayo de 2004.

ción³⁵. En este episodio histórico puede advertirse con claridad la utilización del instituto del indulto como una medida tendiente al restablecimiento de la paz social.

Al surgir el Estado Nación, el concepto de perdón pasó a ser considerado, como contrapartida de la punibilidad, un atributo de la soberanía política del estado³⁶. En una primera etapa, tal atribución constituyó una prerrogativa real³⁷, y con el advenimiento del estado constitucional moderno, fueron las normas constitucionales quienes regularon los institutos, confiriendo la facultad de perdonar a uno u otro poder del estado, y reglando las condiciones para su otorgamiento.

En nuestro derecho patrio, los diferentes instrumentos constitucionales reconocieron a los poderes políticos la potestad de perdonar, oscilando entre excluir o no ciertos delitos del beneficio. Así, el Reglamento Provisional de 1815 otorgaba la facultad de perdón al Poder Ejecutivo (Directorio), quedando éste, sin embargo, limitado a no poder ejercer esta atribución “con los delincuentes de traición a la Patria y demás delitos exceptuados” (que no se expresan)³⁸, limitación que desaparece en el Reglamento Provisorio de 1817³⁹. Por su parte, la constitución de 1819 otorga al Poder Ejecutivo el derecho a ejercer el indulto sobre los condenados a la pena capital, si bien autoriza a excluir a ciertos delitos del benefi-

³⁵ Mt., 27:15; Mc., 15:6; Lc. 23:18; Jn, 18:39.

³⁶ Ver el considerando 44 del voto disidente del juez Fayt en la causa *Mazzeo*, cit. en nota 2, *supra*. Ver también, Tribunal Especial de Sierra Leona, *Fiscal v. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara*, casos N° SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), del 13 de marzo de 2004 (en adelante “*Decisión sobre la amnistía de Lomé*”) § 67.

³⁷ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, § 548; PACÍFICO RODRIGUEZ VILLAR, ob. cit., p. 61.

³⁸ *Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado* (1815), Sección III, Capítulo 1, Art. XXVII.

³⁹ *Reglamento Provisorio para la dirección y administración del Estado* (1817), Sección III, Capítulo 1, Art. 32.

cio, conforme lo establezca la ley⁴⁰. En forma semejante se expresa la Constitución de 1826⁴¹, que además innova en la materia al incorporar como prerrogativa del Congreso el derecho de otorgar amnistías cuando graves motivos de interés público lo reclamen⁴². El proyecto de Alberdi que acompaña las *Bases*, a su vez, no pone otra limitación (en el caso del indulto, ya que éste no considera a la amnistía) más que el acuerdo del Senado, sin exclusiones de ninguna naturaleza⁴³. Finalmente, la Constitución de 1853, que se mantiene vigente en estos puntos, incorpora ambos institutos, el indulto como potestad ejecutiva y la amnistía como potestad legislativa, excluyendo solamente del beneficio del indulto a los delitos que hubieran dado lugar a un juicio político, medida esta de clara naturaleza política y no penal⁴⁴.

De allí que en nuestro derecho interno, y a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas constitucionales que excluyen expresamente la facultad de perdonar ciertos delitos⁴⁵, no existen normas que impidan al Poder Ejecutivo ejercitar su derecho a indultar, o al Congreso a dictar amnistías generales, por grave que fuese el delito perdonado. El silencio de la Constitución al respecto, particularmente en base a los antecedentes citados, no permite otra interpretación⁴⁶, la cual, por otra parte, se ve refor-

⁴⁰ *Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica* (1819), artículo LXXXIX.

⁴¹ *Constitución de la República Argentina* (1826), artículo 99.

⁴² *Constitución de la República Argentina* (1826), artículo 50.

⁴³ *Proyecto de Constitución de Juan B. Alberdi*, art. 85, inc. 7.

⁴⁴ *Constitución Nacional*, arts. 75 inc. 20 y 99 inc. 5.

⁴⁵ Ver la ejemplificación que realiza el juez Fayt en su voto disidente en la causa *Mazzeo*, cit. en nota 2, *supra*.

⁴⁶ Nuestra Corte Suprema de Justicia, en dos fallos dictados contra el ex-presidente Juan Perón, a quien se seguía una causa por traición a la patria luego de su derrocamiento en 1955, consideró sin embargo a dicho delito como excluido de la potestad de amnistía, sosteniendo que si el artículo 29 de la Constitución (entonces su artículo 20 conforme el texto de la reforma de 1949) prohíbe al Congreso el otorgamiento de la suma del poder público considerando tales actos como insanablemente nulos, mal podría el Congreso luego convalidarla mediante una amnistía (CSJN, *Perón*, Fallos 234:16 (1956) y 247:387 (1960)). Por su parte, algunos autores, han sostenido –sin fundamentación normativa, sino sólo política– que los delitos comunes

zada en cuanto se advierte que el constituyente de 1994 consideró expresamente la cuestión del perdón respecto de los graves crímenes contra los derechos humanos, sin incluir finalmente la limitación en el texto sancionado⁴⁷. La decisión de perdonar, en la medida que se cumplan los requisitos constitucionales, es eminentemente política y, por lo tanto, se encuentra excluida del contralor judicial⁴⁸.

jamás podrían ser motivo de amnistía, en tanto ellos perjudican a terceros (Ver por ejemplo, JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Derecho Constitucional*, Tomo III, p. 259; MANUEL A. MONTES DE OCA, *Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 250). Mi padre, en la obra citada en nota 33, excluye del beneficio de la amnistía, con una fundamentación de carácter ético, a los delitos aberrantes y violatorios de los derechos humanos (ALFREDO VÍTOLO, *Amnistías Políticas Argentinas*, cit., p. 384). En forma coincidente con nuestra postura, con profusas citas doctrinarias y jurisprudenciales de los antecedentes norteamericanos en la materia, ver disidencia del juez Fayt en la causa *Mazzeo*, cit. en nota 2, *supra*.

⁴⁷ En esa oportunidad, diversos convencionales propusieron excluir expresamente a los crímenes de lesa humanidad de los beneficios del indulto y amnistías (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994, proyecto de la convencional María Lucero, Expedientes N° 206 y 682, y nota presentada por Expediente 522; proyecto del convencional Alberto Balestrini, Expediente N° 866; proyecto de los convencionales Aníbal Ibarra y Carlos Auyero, Expediente N°405; proyecto de los convencionales Guillermo Estévez Boero, Norberto Laporta y Alfredo Bravo, Expediente N° 1389; proyecto de los convencionales Juan Pablo Cafiero y Pablo Martínez Sameck, Expediente N° 633; proyecto de los convencionales Eduardo de Bernardi, Marcelo Guinle y Dora Rocha de Feldman, Expediente N° 1217; proyecto de los convencionales Eugenio Zaffaroni y Aníbal Ibarra, Expediente N° 367). En forma coincidente con nuestra postura, GREGORIO BADENI, *El caso “Simón” y la supremacía constitucional*, LL, 2005-D, p. 639. Este argumento no fue tenido en cuenta por nuestra Corte Suprema en las causas *Simón* (cit. en nota 1, *supra*) y *Mazzeo* (cit. en nota 2, *supra*). En su dictamen en dichas causas, el Procurador General de la Nación sostuvo, con una interpretación que no condice con los antecedentes expuestos, ni con una correcta hermenéutica del art. 29 de la Constitución Nacional, que dicho artículo impediría a las autoridades constitucionales ejercitar sus facultades de perdón respecto de este tipo de delitos. No se comprende en la opinión del Procurador, cómo el acto de ejercitar la potestad constitucional de indultar o amnistiar delitos podría encuadrar en el anatema del artículo 29 siendo equiparados a actos por los cuales se conceden a gobernantes “facultades extraordinarias” o la “suma del poder público” (para una crítica completa de esta argumentación del Procurador General de la Nación, ver los votos disidentes del juez Fayt en las causas *Simón* (considerandos 87 a 91), y *Mazzeo* (considerandos 51 a 60), que consideran a la misma un “argumento sofista” que importa una “artificiosa interpretación acerca del objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional”). Es interesante asimismo el intento del Procurador General, a nuestro intento fallido, de sostener este principio sin con ello involucrar a los legisladores que aprobaron estas normas, a fin de evitar llegar a la consecuencia inexorable de su razonamiento.

⁴⁸ MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Tercera Edición, p. 702. En similar sentido, se pronunció la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en el caso 10-93, sentencia del 20 de mayo de 1993.

C. El derecho internacional y la idea del perdón

Hasta tiempos recientes, el derecho internacional poco tenía que decir en la materia. Si bien el concepto de crímenes de “derecho internacional” o crímenes “contra el derecho de gentes”, no es un concepto nuevo –así se consideraba desde antiguo, por ejemplo a la piratería y al tráfico de esclavos, y a ellos hace referencia nuestra Constitución desde sus orígenes, en el hoy artículo 118⁴⁹– el fundamento de la punibilidad local de estos delitos (y por ende de la potestad de perdonar) siempre estaba dado en base a la idea de soberanía nacional. Por otra parte, esa regla de soberanía, unida al principio de no injerencia en asuntos internos de los estados⁵⁰, surgidos ambos de la paz de Westfalia⁵¹, impedía que el derecho internacional tomara intervención en estas cuestiones.

El siglo XX ha sido testigo de los intentos de la comunidad internacional por superar ese principio de soberanía nacional respecto de los crímenes más graves contra la humanidad y llegar así a lograr una verdadera justicia penal internacional, estableciendo el principio de “jurisdicción universal” sobre este tipo de delitos⁵². Su fundamento no es otro, como señalara la Alta Comisionada de

⁴⁹ Constitución de la Nación Argentina, art. 118: “pero cuando [el delito] se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

⁵⁰ *Carta de las Naciones Unidas*, Art. 2.1. “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”; Art. 2.7. “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”.

⁵¹ *Tratado de Paz de Westfalia*, del 24 de octubre de 1648, por el cual se puso fin a la Guerra de los Treinta Años.

⁵² Este fenómeno, que comenzó originalmente limitado a los delitos vinculados con los conflictos armados internacionales, se extendió, a partir de mediados de la década del 80 para cubrir aquellos cometidos en conflictos domésticos (ver DWIGHT G. NEWMAN, *The Rome Statute, some reservations concerning amnesties, and a distributive problem*, 20 Am. U. Int'l L. Rev. 293 (2005); ver también Parte A, *supra*).

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Mary Robinson, que ciertos crímenes son tan dañosos para los intereses internacionales que los estados tienen derecho –es más, están obligados– a iniciar procesos contra sus autores, sin tener en cuenta el lugar donde se hubiera cometido el crimen o la nacionalidad del criminal o de la víctima⁵³. De este modo se va logrando, poco a poco, hacer realidad el principio de universalidad de los derechos humanos, el cual se basa en la dignidad intrínseca del ser humano.

Dos han sido los caminos⁵⁴: por una parte la extensión de las jurisdicciones domésticas a fin de permitir el juzgamiento de estos crímenes sin que existan necesariamente los tradicionales puntos de conexión⁵⁵. Por la otra, la búsqueda de una jurisdicción auténticamente internacional. Desde la fallida pretensión de las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Versalles de enjuiciar penalmente al Kaiser Guillermo ante un tribunal especial designado por aquéllas, por “supremas ofensas contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados”⁵⁶, hasta el Estatuto de Roma para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional del año 1998, pasando por los tribunales de

⁵³ PRINCETON PROJECT ON INTERNATIONAL JURISDICTION, *The Princeton Principles on International Jurisdiction (Foreword)*, Princeton Program on Law and Public Affairs, 2001, p. 16.

⁵⁴ RONALD C. SLYE, *The legitimacy of amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible?*, 43 Va. J. Int'l L. 173(2002).

⁵⁵ Ver entre otros, RAÚL E. VINUESA, *La aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos por parte de las Cortes Federales de los Estados Unidos de América*, en *Temas de Derecho Internacional*, en Homenaje a F. Pflirter de Armas Barea, Ed. del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989.); *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates Court and Others, ex parte Pinochet Ugarte* [1998] 4 All England Law Reports 897 (“Pinochet 1”); *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates Court and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*[1999] 2 All England Law Reports 97 (“Pinochet 3”); Tribunal Constitucional (España), *STC 237/2004* (“Rigoberta Menchú”).

⁵⁶ Tratado de Versalles (28 de junio de 1919), art. 227. El intento fracasó por la negativa del gobierno de Holanda de entregar al Kaiser. Algunos autores se remiten aún más atrás y refieren como primer antecedente de tribunal internacional al juicio celebrado en 1474, ante un tribunal compuesto por jueces del Sacro Imperio Romano Germánico, contra Peter von Hagenbach por violar las “leyes de Dios y el hombre” durante la ocupación de Briesach, Alemania.

Nuremberg⁵⁷ y Tokio⁵⁸, por los de la ex-Yugoslavia⁵⁹ y Rwanda⁶⁰, así como por los tribunales mixtos⁶¹ de Camboya⁶² y Sierra Leona⁶³, se ha recorrido un largo camino⁶⁴.

No obstante, cabe resaltar que en todos estos casos se reconoce a la justicia penal internacional como una justicia subsidiaria, complementaria de las jurisdicciones nacionales y sin pretender reemplazar a éstas, que mantienen su papel de órganos judiciales primarios⁶⁵. Desde este punto de vista, los mecanismos

⁵⁷ Establecido en virtud del tratado de Londres del 8 de agosto de 1945 entre el gobierno de los Estados Unidos de América, el gobierno provisional de la República Francesa, el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas

⁵⁸ *Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente*, disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>.

⁵⁹ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 827/93 del 25 de mayo de 1993 (Documento S/Res/827 (1993)).

⁶⁰ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 955/94 del 8 de noviembre de 1994 (Documento S/Res/955 (1994)).

⁶¹ Algunos autores han sostenido que sólo en el último caso se está ante una responsabilidad penal “verdaderamente” internacional (ver BRUNO SIMMA & ANDREAS L. PAULUS, *The responsibility of individuals...*, cit. en nota 8, *supra*).

⁶² *Cámaras Extraordinarias en los tribunales de Camboya*, establecidas en virtud del *Tratado entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya relativo a la persecución bajo ley camboyana de los delitos cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática*, del 6 de julio de 2003.

⁶³ *Tribunal Especial de Sierra Leona*, establecido en virtud del tratado entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona de fecha 16 de enero de 2002, en implementación de la Resolución 1315/2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Doc. S/Res/1315 (2000) del 14 de agosto de 2000).

⁶⁴ En nuestro trabajo *derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales*, cit. en nota 26, *supra*, señalamos cómo todos estos avances han significado “poner la pica en Flandes” respecto de la idea clásica de soberanía nacional en miras a la defensa de la dignidad de la persona humana.

⁶⁵ “A través del principio fundamental de complementariedad, el Estatuto de la CPI resalta el hecho de que las persecuciones internacionales por sí solas nunca serán suficientes para alcanzar la justicia y enfatiza el rol crucial de los sistemas legales nacionales en eliminar la impunidad” (MARY ROBINSON, *Princeton Principles, Foreword*, cit. en nota 53 *supra*, p. 16). En forma similar, MARY GRIFFIN, *Ending the impunity...*, cit. en nota 31, *supra*; MOHAMED M. EL ZEIDY, *The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law*, 23 Mich. J. Int'l L. 869 (2002).

internacionales, en su papel complementario, contribuyen a evitar la impunidad de estos graves crímenes⁶⁶, entrando en acción solo ante la imposibilidad de los tribunales nacionales de juzgar a los eventuales responsables, o bien cuando el proceso doméstico se ha encontrado viciado⁶⁷.

Pero al mismo tiempo que se desarrollan estos institutos, las sociedades que emergen de situaciones de graves crímenes contra la humanidad han procurado encontrar caminos que les permitiesen superar el horror vivido y reiniciar un proceso en donde el respeto a los derechos humanos se transforme en realidad. Y es aquí en donde surgen los primeros problemas. Estas sociedades, generalmente frágiles democracias, no siempre están capacitadas ni pueden –por diversas razones–, cumplir con ese ideal de justicia. Como señala Richard Goldstone: “Deberíamos reconocer que en una sociedad perfecta, las víctimas tienen derecho a una justicia completa, esto es, juicio al autor y, de ser éste encontrado responsable, penalidad adecuada. Este ideal no es posible en los casos de violencia masiva. Hay simplemente demasiadas víctimas y demasiados autores. Aun el sistema de justicia criminal más sofisticado sería completamente desbordado. Es por ello que esas sociedades deben encontrar otras soluciones”⁶⁸. Ello

⁶⁶ DIANE F. ORENTLICHER, *Settling Accounts*, cit. en nota 7, *supra*: “Al requerir generalmente el procesamiento, el derecho internacional contribuye a asegurar que los gobiernos no dejen de juzgar simplemente porque resulta políticamente más sencillo”.

⁶⁷ Sobre el carácter complementario de la justicia internacional, ver el desarrollo realizado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-578/02 del 30 de julio de 2002. Sobre el componente “político” de esta complementariedad, que permite al tribunal internacional decidir cuáles casos tomar y cuáles no, ver LEILA NADYA SADAT Y S. RICHARD CARDEN, *The new International Criminal Court: an uneasy revolution*, 88 *Geo. L.J.* 381 (2000).

⁶⁸ RICHARD GOLDSTONE: prólogo al libro de MARTHA MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Murder*, Beacon Press, Boston, 1998. En forma similar se han pronunciado otros. Ver, por ej., SANTIAGO LEGARRE, *Crimes Against Humanity, Reasonableness and the Law: The Simon Case in the Supreme Court of Argentina*, 5 *Chinese J. Int'l L.*, 723 (2006): “en un mundo ideal, los crímenes contra la humanidad serían siempre castigados. En nuestro mundo real, en donde la razón y la ley coexisten con la irrazonabilidad y el caos, hacerlo en todos los casos es virtualmente imposible y a veces inconveniente”; ver

ha dado lugar a los procesos denominados por la doctrina “Justicia de Transición”, y que han sido definidos como aquellos “procesos por los cuales los estados que pasan de regímenes tiránicos a estados democráticos de derecho intentan rectificar los abusos estatales del pasado... y que involucran un completo juego de opciones disponibles a una novel democracia, incluyendo entre otros, juzgamiento, amnistías, perdones y comisiones de verdad”⁶⁹ en la búsqueda por restablecer el estado de derecho, un mecanismo por definición imperfecto⁷⁰, ya que cualquier decisión que se adopte sobre el punto “es compleja, debido a la presencia de diversos actores con intereses enfrentados”⁷¹, los cuales deben ser balanceados. El problema es particularmente arduo en aquellas sociedades en donde las violaciones han provenido de los diversos bandos en conflicto o cuando la transición se produce en el marco de un acuerdo entre las partes involucradas sin la derrota

también NEIL KRITZ, *Where we are and how we got here: An overview of developments in the search for justice and reconciliation*, en *The legacy of abuse. Confronting the past, facing the future*, The Aspen Institute, 2002, disponible en <http://www.ciaonet.org/wps/krn02/krn02.pdf>: “intentar procesar o purgar a todos los implicados sería políticamente desestabilizante, económicamente devastador y lógicamente imposible”. En igual sentido, con relación a los crímenes de guerra, YASMIN NAQVI, *Amnesty for war crimes: defining the limits of international recognition*, IRRC, Septiembre 2003, Vol. 85 No 851, p. 583: “en los conflictos armados, en donde se han cometido en forma masiva serias violaciones al derecho de la guerra, la noción de justicia remediadora o retributiva para las víctimas de estos crímenes debe frecuentemente ser balanceada con la necesidad del estado de enfrentarse en forma efectiva y progresiva con las atrocidades ocurridas y no provocar o mantener más violencia”). Algunos han incluso señalado cómo la concesión de amnistías muchas veces refleja la necesidad de los nuevos gobiernos de negociar con los propios violadores de los derechos humanos de modo tal que los sobrevivientes de hoy no se conviertan en las víctimas de mañana (ver, MICHAEL P. SCHARF, *From the exile ...*, cit. en nota 5 *supra*: “lograr la paz y obtener justicia son muchas veces metas incompatibles, al menos en el corto plazo”. En igual sentido, CHARLES P. TRUMBULL IV, *Giving amnesties a second chance*, 25 Berkeley J. Int’l L. 283 (2007)).

⁶⁹ LOUIS BICKFORD, *Transitional Justice, The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity* (Macmillan Reference USA, 2004), vol. 3, p. 1045. Ver también el informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, documento U.N. S/2004/616 (3 de agosto de 2004).

⁷⁰ KRISTIN BOHL, *Breaking the rules of Transitional Justice*, 24 Wis. Int’l L. J. 557 (2006)

⁷¹ BARBARA STARK, *After/Word(s)...*, cit. en nota 5, *supra*.

clara de aquellos sindicados como violadores de los derechos humanos.

La disyuntiva es clara. Frente a quienes señalan que el juicio y castigo a los violadores de derechos humanos constituye el “seguro más efectivo contra la futura represión”⁷², la realidad ha demostrado que el intento de lograr justicia individual a toda costa sancionando a cada responsable de violaciones a los derechos humanos, sin considerar las situaciones particulares de cada sociedad, puede en ocasiones resultar contraproducente, generando muchas veces el riesgo de mayores violaciones, y no contribuyendo a obtener el verdadero fin del sistema⁷³: lograr una sociedad cada vez más justa, en donde la regla de respeto a los derechos humanos se transforme en una realidad y no sólo en el ideal preconizado en 1948 por la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁴. Se plantea así un complejo problema moral: ¿debe aplicarse la merecida pena a los violadores como forma de buscar obtener a futuro una sociedad más perfecta, aun cuando la obten-

⁷² DIANE F. ORENTLICHER, *Settling Accounts...*, cit. en nota 7, *supra*. Ver también M. CHERIF BASSIOUNI, *Combating impunity for international crimes*, 71 U. Colo. L. Rev. 409 (2000); IAN MARTIN, *Justice and Reconciliation...*, cit. en nota 117, *infra*.

⁷³ En el informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del año 2004, se señala: “Desafortunadamente, la comunidad internacional no siempre ha prestado la asistencia en materia de Estado de derecho que resulta adecuada en el contexto de cada país. Con demasiada frecuencia, se ha prestado excesiva atención a los expertos y los modelos extranjeros y a las soluciones concebidas en el exterior, en detrimento de las mejoras duraderas y la capacidad sostenible” (*El estado de derecho...*, cit. en nota 69, *supra*).

⁷⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos expresamente fue dictada con el fin de ser “el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” (*Declaración Universal de Derechos Humanos*, preámbulo). Los *Princeton Principles*, cit., en nota 53, *supra*, Introducción, p. 25, reconocen esta situación: “el uso imprudente o a destiempo del principio de jurisdicción universal podría afectar la búsqueda de la paz y la reconciliación nacional en naciones que luchan para recuperarse de conflictos violentos o de la opresión política”. En contra, DIANE F. ORENTLICHER, *Settling Accounts...*, cit. en nota 7, *supra*., quien señala que si bien los gobiernos no deben forzar el procesamiento de los responsables al punto de provocar su propio colapso, “[d]ado que los juicios persiguen valores y derechos preeminentes, se debe esperar que los gobiernos asuman los riesgos razonables asociados con la decisión de procesar, incluyendo el descontento militar”.

ción de tal logro requiriese pagar un alto costo en los derechos de individuos inocentes de hoy? ¿Justifica tal fin cualquier medio? El dilema es tan antiguo como la humanidad y, llevado a sus extremos, anularía los derechos que el propio sistema pretende proteger⁷⁵. Como señala Carlos Nino, el principio de inviolabilidad de la persona impide imponerle a un individuo el sacrificio de sus derechos simplemente en la búsqueda de un fin que no redunda en su propio beneficio⁷⁶. Charles Villa-Vicencio completa el panorama: “la brecha que se percibe entre los derechos humanos básicos y las posibilidades políticas o necesidades reales, frecuentemente involucra una difícil elección entre dos derechos esenciales, en el caso, el derecho a la persecución penal enfrentado con el derecho a la paz. La solución involucra la necesidad de balance, la cual frecuentemente implica un acuerdo político impreciso y desprolijo”⁷⁷. La exposición más cruda al respecto, sin embargo, fue realizada por la Comisión de Verdad y Conciliación de Sierra Leona en su Informe Final:

“Aquellos que argumentan que en ningún caso puede negociarse la paz a cambio de justicia, deben estar preparados para justificar la probable continuidad de un conflicto armado. Las amnistías pueden no ser deseables en muchos casos. De hecho, hay ejemplos de amnistías abusivas establecidas por dictadores en los últimos días de regímenes tiránicos. La Comisión también reconoce el principio de que es generalmente deseable juzgar a los responsables de graves abusos a los derechos humanos, particularmente cuando ellos alcanzan el nivel de gravedad para transformarse en crímenes contra la humanidad. Sin embargo, las

⁷⁵ Ver ERIC BLUMENSON, *The challenge...*, cit. en nota 22, *supra*.

⁷⁶ CARLOS S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, cit. en nota 21, *supra*, cap. VI.

⁷⁷ CHARLES VILLA-VICENCIO, *Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet*, 49 *Emory L.J.* 205 (2000).

amnistías no deben ser excluidas por completo de los mecanismos disponibles para aquellos que intentan negociar el cese de hostilidades luego de períodos de brutal conflicto armado. No permitir las amnistías en todos los casos importaría negar la realidad de los conflictos violentos y la necesidad de poner fin a dicha angustia y sufrimiento”⁷⁸.

Por otra parte, aunque no existiera tal riesgo de futuras violaciones, existen otras razones que podrían desaconsejar la aplicación a rajatabla del ideal sancionatorio. No siempre es fácticamente posible proceder al enjuiciamiento y castigo de todos los responsables⁷⁹. La falta de pruebas concretas, los temores de testigos y víctimas a prestar declaración, sumadas a las muchas veces ineficientes y limitadas estructuras judiciales, determinan que no siempre la alternativa de persecución penal sea adecuada para lidiar con estas cuestiones. Tal realidad fue puesta de manifiesto crudamente por la Corte Constitucional de Sudáfrica, en la causa *Azapo*, al señalar:

“la alternativa a conceder amnistía de persecución penal a los ofensores es mantener intacto el derecho abstracto a dicha persecución respecto de ciertos individuos, sin evidencias para sustentar una persecución exitosa; continuar manteniendo a los familiares de las víctimas, en muchos casos en forma sustancial, ignorantes acerca de qué les ocurrió exactamente a sus seres queridos; dejar efectivamente sin alivio

⁷⁸ COMISIÓN DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE SIERRA LEONA, *The Final Report of the Truth & Reconciliation Commission of Sierra Leone*, (5 de octubre de 2004) Vol 3b, Cap. VI, § 11, (<http://trcsierraleone.org/drwebsite/publish/v3b-c6.shtml>).

⁷⁹ Las limitaciones de recursos físicos y económicos han llevado a una multitud de sistemas penales a otorgar a los fiscales y a los jueces de instrucción en el marco del derecho interno y siguiendo principios de política legislativa, diversos grados de latitud respecto de qué crímenes perseguir y cuáles no. La misma realidad tiene lugar en el marco de la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos.

su añoranza por la verdad; perpetuar su sentimiento legítimo de resentimiento y pesar y, simultáneamente, permitir a los culpables permanecer posiblemente libres físicamente pero inhibidos en su capacidad de transformarse en actores activos, completos y creativos del nuevo orden debido a una combinación amenazante y confusa de miedo, culpa, incertidumbre y –a veces, incluso– inquietud”⁸⁰.

Ello ha llevado a que numerosos estados que en décadas pasadas han sido víctimas de situaciones de graves violaciones a los derechos humanos hayan optado por diversos mecanismos para lidiar con estas situaciones⁸¹. Cada sociedad, conforme su idiosincracia y su propia realidad⁸² ha ido buscando superar el

⁸⁰ Corte Constitucional (Sudáfrica), *Azanian Peoples Organization (AZAPO) et al vs. The President of the Republic of South Africa et al*, Caso CCT 17/96 del 25 de Julio de 1996.

⁸¹ Teniendo en cuenta que, como señala Bohl, “históricamente, las amnistías han sido utilizadas tanto para expresar la merced y el perdón público como para fomentar la corrupción gubernamental y la opresión a través de la impunidad” (KRISTIN BOHL, *Breaking the rules...*, cit. en nota 70, *supra*), nuestro análisis no se referirá a las “autoamnistías”, esto es las dictadas por el propio régimen acusado de cometer los crímenes así perdonados. Entre éstas, caben citar la amnistía dictada por el gobierno militar argentino en el año 1983 (ley 22.294, anulada posteriormente por ley 23.040); la dispuesta en Chile por el gobierno de Pinochet (decreto-ley 2191 del año 1978) o la establecida por Perú durante el gobierno de Fujimori (decreto ley 26.479 del 14 de junio de 1995). En forma similar, Corte Constitucional (Sudáfrica), en la causa *Azapo*, cit. en nota 80, *supra*: “Lo que surge de las experiencia de éstos [(se refiere a Argentina, Chile y El Salvador)] y otros estados que han finalizado períodos de gobierno abusivo y autoritario, es que no hay una práctica única o uniforme en relación con las amnistías. Las decisiones de los estados en transición, tomadas con el objetivo de asistir a ésta, son muy diferentes del acto de un estado que cubre sus propios crímenes para darse a sí mismo inmunidad. En el primer caso, no se trata de una cuestión de autoindemnización de agentes gubernamentales responsables de las violaciones sino, por el contrario, de una que hace al pacto constitucional celebrado entre todas las partes, en donde las antiguas víctimas se hallan bien representadas, y como parte de un proceso continuo para desarrollar la democracia constitucional y prevenir la repetición de los abusos”. En forma similar se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe N° 25/98 Alfonso René Chanfeau Orayce, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile)*, del 7 de abril de 1998. (Documento OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6).

⁸² Si bien cada estado tiene su propia realidad, historia y cultura, las soluciones adoptadas en cada caso concreto demuestran una importante influencia recíproca (ver NEIL KRITZ, *Where We Are...*, cit. en nota 68, *supra*).

horror, muchas veces a costa de enormes sacrificios, procurando evitar poner en peligro a las noveles democracias y el retorno al pasado. Comisiones de verdad, generalmente unidas a amnistías más o menos amplias (Sudáfrica⁸³, Argentina⁸⁴, Sierra Leona⁸⁵, El Salvador⁸⁶, Chile⁸⁷, entre otros⁸⁸), amnistías o indultos de diverso grado (Uruguay⁸⁹, Uganda⁹⁰, Argelia⁹¹, Colombia⁹²), o soluciones mixtas, que incluyen ambos mecanismos junto con el juicio local o a través de tribunales mixtos a los principales responsables de violaciones graves a los derechos humanos

⁸³ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995.*

⁸⁴ Comisión Nacional para la Desaparición de Personas (CONADEP), creada por decreto 187/83; *Leyes de "obediencia debida"* 23.521 y "*punto final*" 23.492. Posteriormente, los indultos establecidos por los Decretos 1002/89, 1003/89; 1004/89; 1005/89; 2741/90; 2742/90; 2745/90; 2746/90, completaron el ciclo.

⁸⁵ *Peace agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone* del 7 de julio de 1999, conocido también como "*Acuerdo de Lomé*" (Documento U.N. S/1999/777); *The Truth and Reconciliation Commission Act 2000* (2000);

⁸⁶ *Ley de Amnistía y rehabilitación ciudadana*, Decreto 210 del 16 de mayo de 1983. *Ley de amnistía general para la consolidación de la paz*, Decreto 486 del 20 de marzo de 1993.

⁸⁷ Decreto Supremo 355 del 25 de abril de 1990, creando la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig).

⁸⁸ Un trabajo reciente identifica más de treinta comisiones de este tipo (MICHAEL NESBITT, *Lessons from the Sam Hinga Norman decision of the Special Court for Sierra Leone: how trials and truth commissions can co-exist*, 8 German L. J. 977 (2007)).

⁸⁹ *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*. Ley No 15.848, aprobada luego por el pueblo uruguayo en virtud del referéndum del año 1989.

⁹⁰ *The Amnesty Act, 2002*. El caso ugandés es particular, ya que la amnistía era condicionada (al igual que en el caso sudafricano, la amnistía dependía de la solicitud que debía realizar el individuo) y temporal, expirando efectivamente en el año 2004. Ver, DWIGHT G. NEWMAN, *The Rome Statute...*, cit. en nota 52, *supra*. La amnistía ugandesa fue un claro fracaso y culminó, tras un agravamiento de las violaciones en que el gobierno ugandés remitiera la situación a la Corte Penal Internacional, retirando la oferta de amnistía a los principales responsables de las graves violaciones (ver PAYAM AKHAVAN, *The Lord's Resistance Army case: Uganda's submission of the first State referral to the International Criminal Court*, 99 Am. J. Int'l L. 403 (2005)).

⁹¹ *Carta para la paz y la reconciliación nacional* del 14 de agosto de 2005, aprobada por referéndum del 29 de septiembre del mismo año.

⁹² *Ley de la Justicia y Paz*, Ley No. 975 del 25 de julio de 2005.

(Argentina⁹³; Camboya⁹⁴, Sierra Leona⁹⁵), han sido algunas de las respuestas que las sociedades nacionales han ido brindando para dejar atrás un pasado grotesco, sin por ello negar su historia⁹⁶. Como señala Slye, “aun a pesar de la expansión del sistema de justicia penal internacional, los estados continúan recurriendo a las amnistías como su mecanismo de elección para enfrentar las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y para facilitar su propia transición política luego de un período de terrorismo de estado. Las amnistías, de un tipo u otro han sido utilizadas para limitar la responsabilidad de los individuos responsables por groseras violaciones de los derechos humanos en todas las principales transiciones políticas durante el siglo XX”⁹⁷. La pregunta que cabe formularse es, pues, ¿constituyen esas decisiones, en sí mismas, una violación de normas de derecho internacional?

Para que una conducta sea inválida bajo el derecho internacional, ésta debe encontrarse prohibida, sea en virtud de un

⁹³ Decs. 157/83 y 158/83.

⁹⁴ Ver nota 62, *supra*.

⁹⁵ Ver nota 63, *supra*.

⁹⁶ Un trabajo reciente ha identificado cuatro posibles actitudes estatales frente a estas situaciones: (i) “ignorancia consciente”: perdonar sin investigar; (ii) “registro histórico”: investigar los hechos y perdonar; (iii) “retribución pragmática”: olvidar, pero igualmente sancionar; y (iv) “no hay paz sin justicia”: establecer la verdad y sancionar a los responsables (IVAN SIMONOVIC, *Attitudes and types of reaction toward past war crimes and human rights abuses*, 29 Yale J. Int'l L. 343 (2004)). En nuestra investigación, y aun cuando numerosos autores sostienen la necesidad imperiosa de lograr justicia a toda costa, no hemos podido encontrar ningún estado que hubiera utilizado en forma exitosa el mecanismo de juicio y castigo a la totalidad de los responsables de tales violaciones, sin exclusiones de ninguna naturaleza. Tal vez el intento más completo al respecto sea el encarado por Rwanda en virtud de la Ley Orgánica 40/2000 (enero 21 de 2001), con el fin de “lograr la reconciliación y la justicia en Rwanda, erradicando para siempre la cultura de la impunidad”, permitiendo asimismo a los condenados “corregirse y favorecer su reintegración a la sociedad ruandesa”. Conforme el sistema allí establecido, se somete a los acusados de haber cometido genocidio o crímenes contra la humanidad a una jurisdicción especial conocida como *gacaca*, formada por paneles electivos populares. Sin embargo, la ley prevé el perdón de aquellos (con exclusión de los principales responsables, catalogados como “Categoría 1”) que voluntariamente confiesen su culpa y pidan perdón por sus actos.

⁹⁷ RONALD C. SLYE, *The legitimacy of amnesties...*, citado en nota 54, *supra*.

tratado –que las partes se obligan a cumplir por vía convencional por aplicación del principio *pacta sunt servanda*⁹⁸–, sea en virtud de una norma consuetudinaria obligatoria –evidenciada por una práctica constante y clara de los estados, ya que la costumbre internacional (y las normas *ius cogens* entre ellas) no se presume⁹⁹.

1. *El derecho internacional consuetudinario*

Más allá de cualquier postura personal que se pudiera sostener acerca de cómo debería ser la norma internacional, la realidad es, que debe reconocerse que a hoy, las normas de derecho penal internacional, al igual que la conducta de los estados y los organismos internacionales, muestran una clara ambigüedad acerca de esta cuestión¹⁰⁰, si bien se advierte en los últimos tiempos un intento tendiente, cuanto menos, a desaconsejar el otorga-

⁹⁸ Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, art. 26.

⁹⁹ Ver SARAH WILLIAMS, *Amnesties in international law: the experience of the Special Court for Sierra Leone*, 5 Hum. Rts. L. Rev. 271 (2005).

¹⁰⁰ Como señala el voto del juez Robertson del Tribunal Especial de Sierra Leona en la causa *Fiscal v. Allieu Kondewa*, cit. en nota 34, *supra*: “es necesario considerar si dicho entendimiento [se refiere a la postura que considera que las amnistías por este tipo de crímenes se encuentran prohibidas] representa el derecho internacional, o es una mera expresión de deseos (*wishful thinking*). Considerando que el derecho internacional se nutre de la práctica de los estados, y considerando que tan recientemente como el año 2003, los Estados Unidos y el Reino Unido ofrecieron amnistía a Saddam Hussein –un hombre acusado en forma generalizada de ‘genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras graves violaciones del derecho internacional’, debemos cuestionar en algo el grado por el cual el derecho internacional prohíbe o nulifica las amnistías”. Para este juez, el desarrollo del derecho internacional sólo permite sostener que lo que se encontraría hoy prohibido sería el perdón a los que concibieron y planificaron las conductas, pero no a los meros ejecutores. Por su parte, el estudio independiente sobre impunidad preparado por la profesora Diane Orentlicher en febrero de 2004 y elevado por el Secretario General de las Naciones Unidas a la Comisión de Derechos Humanos, tampoco logra sostener la existencia de una prohibición absoluta, sino sólo de aquellas “amnistías que acarrearán la impunidad” (*Estudio Independiente con inclusión de recomendaciones sobre las mejores prácticas para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, Documento U.N. E/CN.4/2004/88).

miento de amnistías por estos delitos¹⁰¹ y a hacer que las amnistías nacionales no excedan su efecto de lo meramente territorial¹⁰². Pero de allí a sostener que el derecho internacional prohíbe con carácter absoluto amnistiar este tipo de delitos, existe un largo trecho.

Los antecedentes domésticos a los que hemos pasado revista en páginas anteriores están lejos de demostrar que exista una práctica estatal constante contraria al otorgamiento de amnistías;

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, *Princeton Principles*, cit. en nota 53, *supra*: Principio 7.1.: “Las amnistías son generalmente inconsistentes con la obligación de los estados de establecer la responsabilidad por la comisión de graves crímenes de derecho internacional”. La ambigüedad del texto (nótese el uso de la palabra “generalmente”) fue producto de la imposibilidad de lograr un consenso sobre la cuestión entre los participantes (ver STEVEN W. BECKER, *Commentary on the Princeton Principles*, p. 52). Ver también el informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, citado en nota 69, *supra*, en donde se solicita al Consejo que se asegure “de que en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad: c) Se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas”.

¹⁰² El Principio II de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General (U.N. A/CN.4/368, 13 abril de 1983), sostiene que “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en la ya citada causa *Furundjica* (ver nota 17, *supra*, § 155), señala que una persona acusada de tortura y que se hubiera beneficiado por una amnistía nacional podría, no obstante, ser juzgado igualmente por un estado extranjero, un tribunal internacional o, incluso, por el mismo estado que otorgó la amnistía, pero bajo un nuevo régimen. En forma similar se expresó el Tribunal Especial de Sierra Leona en la *Decisión sobre la amnistía de Lomé* (cit. en nota 36, *supra*): “Cuando hay jurisdicción universal, un estado no puede privar a otro de su jurisdicción para perseguir criminalmente al delincuente mediante una amnistía” (en forma similar SIMON M. MEISENBERG, cit. en nota 31, *supra*; *Princeton Principles*, cit. en nota 53, *supra*, Principio 7.2. “El ejercicio de la jurisdicción universal con relación a los crímenes graves de derecho internacional no se verá afectado por amnistías que sean incompatibles con las obligaciones legales internacionales del estado otorgante”; CHARLES P. TRUMBULL IV, *Giving amnesties a second chance...*, cit. en nota 68 *supra*; EMILIO J. CÁRDENAS, *Más sobre la protección de civiles inocentes en conflictos armados*, ED 221, p. 814; ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, cit. en nota 104, *infra*; RAÚL E. VINESA, *El territorio no limita al derecho*, cit. en nota 32, *supra*; ALFREDO M. VÍTOLO, *La extradición por crímenes cometidos en el país es inconstitucional*, cit. en nota 32, *supra*).

más bien indican todo lo contrario¹⁰³. Tampoco existe una *opinio iuris* coincidente, tal como surge de los trabajos citados en esta exposición. Ello impide sostener la existencia de una norma consuetudinaria obligatoria en tal sentido. Como ha expuesto Antonio Cassese: “No existe aún una obligación general de los estados de abstenerse de dictar leyes de amnistía respecto de estos crímenes. Por lo tanto, si un estado dicta una ley de ese tipo, no viola una norma consuetudinaria”¹⁰⁴.

2. La práctica de los tribunales penales internacionales

A su vez, tal situación se ve corroborada por las normas y prácticas de diversos tribunales penales internacionales, las cuales no han soslayado la discusión.

Los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokio, encargados del juzgamiento de graves crímenes contra la humanidad cometidos por los principales jefes de las potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁵, si bien no hicieron referencia explícita a amnistías nacionales, no obviaron la posibilidad de perdonar, total o parcialmente, a los responsables de tales delitos. Así, el artículo 29 de la Carta del Tribunal de Nuremberg preveía expresamente el poder del Consejo de Control para Alemania de alterar o reducir las penas que fijase el tribunal. El mismo criterio se reconoció en el artículo 16 del estatuto del Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente, quien ponía esta

¹⁰³“La práctica de los estados rechaza el argumento realizado por algunos activistas y autores de que las amnistías por serias violaciones al derecho internacional sean por sí mismas ilegales” (CHARLES P. TRUMBULL IV, *Giving amnesties a second chance*, cit. en nota 68, *supra*). En igual sentido STEVEN R. RATNER, *New democracies, old atrocities: an inquiry in international law*, 87 Geo. L.J. 707 (1999).

¹⁰⁴ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, citado por la *Decisión sobre la amnistía de Lomé*, cit. en nota 36, *supra*.

¹⁰⁵Ver notas 57 y 58, *supra*.

facultad en manos del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas. De hecho, en ambos casos dichas facultades fueron ejercidas en diversas oportunidades¹⁰⁶.

Los estatutos de los más recientes tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Rwanda, establecidos por sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, consideran expresamente el tema de los perdones nacionales para los delitos de su competencia, sin negar *a priori* su validez y obligando a los tribunales a considerarlos. En el primer caso, su artículo 28 dispone:

*“Artículo 28. Indulto y conmutación de pena. Si el condenado puede beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en el cual está preso, ese Estado avisa al Tribunal. El Presidente del Tribunal, de acuerdo con los jueces, decide según los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”*¹⁰⁷.

En forma similar se expresa el artículo 27 del estatuto del Tribunal Penal Internacional de Rwanda¹⁰⁸.

El tema tampoco estuvo ausente en los debates de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas que llevaron a la adopción del Estatuto de Roma para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Como señalan los papeles de trabajo de la conferencia y han puesto de resalto diversos autores, el silencio del Estatuto sobre la cuestión se debió a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el tema

¹⁰⁶Ver la referencia que al respecto realiza el voto disidente del juez Fayt en la causa *Mazzeo*, cit. en nota 2 *supra*.

¹⁰⁷Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 827/93 del 25 de mayo de 1993 (Documento S/Res/827 (1993)).

¹⁰⁸Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 955/94 del 8 de noviembre de 1994 (Documento S/Res/955 (1994)).

dadas las posturas fuertemente divergentes al respecto¹⁰⁹. Así, puede destacarse, por ejemplo, frente a la postura adoptada por quienes abogaban por incluir una completa prohibición de las medidas de perdón, la posición expuesta por el representante de los Estados Unidos de América, indicando que la cuestión de la validez de las amnistías era una materia de derecho interno de los estados¹¹⁰; así como la declaración interpretativa realizada por Colombia al momento de ratificar el tratado, la cual –es de destacar– no fue rechazada por ningún estado¹¹¹. Ello llevó a Philippe Kirsch, quien presidiera la Conferencia de Roma, a señalar que el Estatuto es “creativamente ambiguo” acerca de este punto¹¹².

¹⁰⁹ Ver, DWIGHT G. NEWMAN, *The Rome Statute*, cit. en nota 52, *supra*; DARRYL ROBINSON, *Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court*, 14 Eur. J. Int'l L. 481 (2003); ERIC BLUMENSON, *The challenge...*, cit. en nota 22, *supra*.

¹¹⁰ Postura reiterada posteriormente por el Departamento de Estado de ese país en la exposición *American Foreign Policy and the International Criminal Court* realizada ante el Center for Strategic and International Studies, Washington, DC el 6 de Mayo de 2002 por el Subsecretario de Asuntos Políticos, disponible en <http://www.state.gov/p/us/rm/9949.htm>.

¹¹¹ Según tal declaración interpretativa: “Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia”. Una declaración interpretativa es un mecanismo comúnmente utilizado por los Estados al obligarse internacionalmente y consiste en “una manifestación unilateral –cualquiera sea la forma en que sea enunciada o denominada– realizada por un Estado o por una organización internacional, por la cual dicho Estado u organización intenta precisar o clarificar el sentido o alcance atribuido por el declarante a un tratado o a alguna de sus cláusulas”. Este mecanismo se diferencia hoy en día de las reservas (prohibidas expresamente en el Estatuto de Roma), en que mientras éstas persiguen excluir o modificar los efectos legales de ciertas cláusulas del tratado en su aplicación al autor de la reserva, las declaraciones interpretativas tienen por objeto interpretar el tratado, sea en su totalidad, sea en alguna de sus cláusulas, sin procurar modificar el mismo sino solamente clarificar el sentido que el estado o la organización internacional atribuyen al tratado o a sus cláusulas (Yearbook of the International Law Commission, 1999, *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-first session* (A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2)), disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1999_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1999_v2_p2_e.pdf), pág. 97).

¹¹² Citado por LEILA NADYA SADAT Y S. RICHARD CARDEN, *The new International Criminal Court...*, cit. en nota 65, *supra*.

A pesar del silencio de la norma, la mayoría de los autores coinciden en señalar que diversos artículos del Estatuto de Roma, en particular su artículo 53, que exige que el Fiscal General tenga en cuenta, a fin de tomar su decisión de iniciar una investigación, si “..*Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia*”, llevan necesariamente a requerir que la Corte Penal Internacional deba considerar, y aún en ciertos casos reconocer, la validez de amnistías y perdones nacionales, distinguiendo cuándo la amnistía ha sido otorgada de buena fe y cuándo la misma sólo ha encubierto un fin ilegítimo¹¹³.

Los tribunales mixtos de Sierra Leona y Camboya también tocan la cuestión. El estatuto del primero, en una posición no exenta de controversias¹¹⁴, es el único que en forma expresa prohíbe al tribunal reconocer validez a todo tipo de medida de perdón nacional¹¹⁵. Por su parte, el estatuto del tribunal de Camboya se limita a establecer, como parte del acuerdo alcanzado entre el gobierno camboyano y las Naciones Unidas, que el gobierno camboyano no dictará amnistías o perdones a las personas sujetas a la jurisdicción del tribunal, pero no invalida cualquier medida anterior que hubiere podido ser dictada en tal sentido. Así, reconociendo que el gobierno camboyano ya había

¹¹³MICHAEL P. SCHARF, *From the exile files...*, cit. en nota 5, *supra*; LEILA NADYA SADAT y S. RICHARD CARDEN, *The new International Criminal Court...*, cit. en nota 65, *supra*; CARSTEN STAHN, *Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court*, 3 J. Int'l Crim. Just. 695 (2005); ERIC BLUMENSON, *The challenge...*, cit. en nota 22, *supra*. Esta postura parece haber quedado ratificada cuando la Fiscalía del tribunal, al anunciar el inicio de la investigación en el caso ugandés, señala que el gobierno de Uganda ha dictado una amnistía con el fin de retornar a la normalidad, y que se le ha indicado al Fiscal proponer limitar los alcances para excluir de la misma y llevar a la justicia a los autores de los crímenes más atroces contra la humanidad” (*ICC Press Release 1/29/04 (ICC-20040129-44-En)*).

¹¹⁴Ver *infra*, p. 28.

¹¹⁵Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona, art. 10. “Una amnistía conferida a cualquier persona que cayera bajo la jurisdicción del Tribunal Especial con relación a los crímenes referidos en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto no impedirá su procesamiento”.

otorgado perdón a una persona acusada de genocidio, sujeta el análisis de su validez a la decisión del tribunal¹¹⁶.

3. Naciones Unidas

La postura de las Naciones Unidas sobre la cuestión tampoco ha sido uniforme.

La Resolución 3074 (XXVIII) adoptada por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1973 estableció los “*Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad*”. En ellos se estableció que:

“los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”.

Más allá del valor jurídico de la declaración de la Asamblea, la misma no fue obstáculo para que la organización internacional patrocinara y promoviera, hasta hace muy poco tiempo, diversos procesos de pacificación interior que incluyeron el otorgamiento de amnistías más o menos amplias, si bien —en los casos más recientes— buscó limitar (sin llegar a prohibir) los alcances de aquéllas¹¹⁷.

¹¹⁶*Tratado entre las Naciones Unidas y Camboya* (cit. en nota 62, *supra*): “Artículo 11 - Amnistía:

1. El Real Gobierno de Camboya no solicitará amnistía o perdón para cualquier individuo que pudiera ser investigado o condenado por los crímenes a los que hace referencia el presente Acuerdo. 2. La presente disposición se fundamenta en la declaración del Real Gobierno de Camboya de que a la fecha, con relación a las materias cubiertas por la ley, ha existido un solo caso, de fecha 14 de septiembre de 1996, en que se otorgó perdón a un único individuo con relación a una condena del año 1979 por delito de genocidio. Las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya acuerdan que los alcances de este perdón deberán ser resueltos por el Tribunal Extraordinario”.

¹¹⁷Ver, entre otros, MICHAEL P. SCHARF, *The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes*, 59 *Law & Contemp. Probs.* 41 (1996) y

El ejemplo paradigmático de esta ambigüedad lo demuestra su postura en el caso de Sierra Leona¹¹⁸. Este país, asolado por las masivas violaciones a los derechos humanos cometidas por el llamado Frente Revolucionario Unido, liderado por el cabo Foday Sankoh, intentó en diversas oportunidades poner fin a las atrocidades mediante acuerdos (luego incumplidos) que incluían la concesión de amnistía a los principales responsables. Así, el fallido Acuerdo de Abidján, celebrado el 30 de noviembre de 1996 entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido establecía una amplia amnistía a los miembros de este último¹¹⁹. Naciones Unidas actuaba, junto con Costa del Marfil y la Organización de Unidad Africana como garante moral de la implementación de lo acordado¹²⁰, sin que hubieran opuesto objeción alguna al perdón allí concedido.

Ante el fracaso de aquel acuerdo, en 1999 se alcanzó uno nuevo, el llamado *Acuerdo de Lomé*¹²¹. El mismo también incluía la concesión de una amplia amnistía a Sankoh y a los restantes

From the exile files..., cit. en nota 5, *supra*; CHARLES P. TRUMBULL IV, *Giving amnesties a second chance*, cit. en nota 68, *supra*; JESSICA GAVRON, *Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court*, 51 ICLQ 91 (2002); CARSTEN STAHN, *United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice: A Change in Practice?*, 845 IRRC 191 (2002); IAN MARTIN, *Justice and Reconciliation: Responsibilities and Dilemmas of Peace-makers and Peacebuilders*, The Aspen Institute, Noviembre 2000.

¹¹⁸El Informe Final de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, habla de una postura “inconsistente” (Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona, *The Final Report...*, cit. en nota 78, *supra*, Vol 3b, Cap. VI, § 10).

¹¹⁹El artículo 14 del Acuerdo (Documento U.N. S/1996/1034) disponía: “Artículo 14. A fin de consolidar la paz y promover la causa de la reconciliación nacional, el Gobierno de Sierra Leona se asegurará de que no se tomen acciones oficiales o judiciales contra ningún miembro del Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona con relación a cualquier acto realizado en pos de la obtención de sus objetivos como miembros de la organización hasta la fecha de firma del presente Acuerdo. Adicionalmente, se adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo que fueran necesarias para garantizar y asegurar a los a los ex combatientes del Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona, a los exiliados y a otras personas que se encuentren fuera del país por razones relacionadas con el conflicto armado el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, con el fin de lograr su reintegración en un marco de legalidad plena”.

¹²⁰*Acuerdo de Abidján*, art. 28.

¹²¹Ver nota 85, *supra*.

integrantes del FRU¹²², la cual no fuera motivo de objeciones en el curso de las negociaciones¹²³. Sin embargo, al momento de la firma del acuerdo, y a pesar de que no cabía duda alguna de cuál era el sentido que las partes habían querido dar a la amnistía allí referida¹²⁴, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas¹²⁵, siguiendo instrucciones recibidas del Secretario General, agregó en forma manuscrita a una de las copias del acuerdo (o bien puede haber sido una aclaración verbal, ya que en el documento oficial no consta la misma, ni existe acuerdo entre los estudiosos del tema), la siguiente manifestación:

¹²² *Acuerdo de Lomé*, art. IX: “Perdón y Amnistía. 1. A fin de lograr una paz duradera en Sierra Leona, el Gobierno de Sierra Leona tomará las medidas legales apropiadas a fin de otorgar al Cabo Foday Sankoh perdón absoluto. 2. Luego de la firma del presente Acuerdo, el Gobierno de Sierra Leona también otorgará perdón absoluto e indulto a todos los combatientes y colaboradores con relación a cualquier acto realizado en la búsqueda de sus objetivos, hasta la fecha de firma del presente Acuerdo. 3. Para consolidar la paz y promover la causa de la reconciliación nacional, el Gobierno de Sierra Leona se asegurará de que no se tome acción oficial o judicial contra cualquier miembro del FRU/SL, ex-SLA o CDF con relación a cualquier acto realizado en la búsqueda de sus objetivos como miembros de dichas organizaciones desde marzo de 1991 hasta la fecha de firma del presente Acuerdo. Adicionalmente se adoptarán las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar la inmunidad a los ex-combatientes, exiliados y otras personas, que se encuentran actualmente fuera del país por razones relacionadas con el conflicto armado, asegurando el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, con el fin de su integración dentro de un marco de legalidad plena”.

¹²³ IAN MARTIN, *Justice and Reconciliation...*, cit. en nota 117, *supra*.

¹²⁴ Ver la referencia al caso que realiza el voto del juez Robertson en la causa del Tribunal Especial de Sierra Leona, *Fiscal v. Allieu Kondewa*, cit. en nota 34, *supra*. Ver también la exposición del presidente de Sierra Leona ante la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona del 5 de agosto de 2003: “hemos resistido la presión de la comunidad internacional para excluir de la aplicación de las cláusulas de amnistía del Acuerdo de Lomé a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra el derecho internacional humanitario. Hicimos esto deliberadamente” (citado por la *Decisión sobre la Amnistía de Lomé*, cit. en nota 36, *supra*, así como el informe final de la Comisión de Verdad y Reconciliación de dicho país: “dado el perdón y las normas de amnistía del Acuerdo de Paz de Lomé, la Comisión fue propuesta como una alternativa a la justicia criminal a fin de establecer responsabilidades por las atrocidades cometidas durante el conflicto” (COMISIÓN DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE SIERRA LEONA, *The Final Report...*, cit. en nota 78, *supra*, Vol 3b, Cap. VI, § 2).

¹²⁵ Las Naciones Unidas, junto con otros organismos internacionales y estados, al igual que en el Acuerdo de Abidján, actuaban como “garantes morales del acuerdo” (*Acuerdo de Lomé*, art. 34).

“Las Naciones Unidas interpretan que la amnistía y el perdón del Artículo 9 del Acuerdo no aplica a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras graves violaciones del derecho internacional”.

No obstante tal aclaración, el Consejo de Seguridad, al tomar nota del acuerdo alcanzado, no sólo no se refirió a ella, sino que acogió “con beneplácito la firma del acuerdo de paz” y encomió “al Gobierno de Sierra Leona por sus valerosos esfuerzos por lograr la paz, incluso mediante las medidas legislativas y de otro tipo que ya se han tomado para aplicar el Acuerdo de Paz”, encomiando “también a los dirigentes del FRU por haber adoptado esa medida resuelta en pro de la paz y exhorta[ndo] a ambos a que hagan lo necesario para que las disposiciones del Acuerdo *se apliquen plenamente*” (el resaltado es propio)¹²⁶.

Recién frente a nuevos incumplimientos por el FRU de lo dispuesto en el Acuerdo de Lomé, que incluyeron el secuestro de cerca de 500 funcionarios de Naciones Unidas y el asesinato de alguno de ellos, el Consejo de Seguridad, al dictar la Resolución 1315 (2000)¹²⁷ a solicitud del gobierno de Sierra Leona, “recordó” la reserva de posición realizada por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas en el Acuerdo de Lomé. En cumplimiento de dicha resolución, en el año 2002, el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas celebraron el tratado por el cual se estableció el Tribunal Especial de Sierra Leona¹²⁸, con el objetivo de juzgar “a las personas que posean las mayores responsabilidades por graves violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho de Sierra Leona cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996”¹²⁹. Según su estatuto, anexo al Tratado:

¹²⁶Resolución 1260 (1999) (S/Res/1260 (1999)) del 20 de agosto del mismo año.

¹²⁷Ver nota 63, *supra*.

¹²⁸*Id.*

¹²⁹Tratado entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, cit. en nota 63, *supra*, art. 1.

*“Una amnistía conferida a cualquier persona que cayera bajo la jurisdicción del Tribunal Especial con relación a los crímenes referidos en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto no impedirá su procesamiento”*¹³⁰.

Mientras el gobierno de Sierra Leona buscó justificar la cláusula y su manifiesta contradicción con lo estipulado en el Acuerdo de Lomé, en que los miembros del FRU habrían repudiado con su conducta el Acuerdo¹³¹, Naciones Unidas sostuvo que la misma se justificaba en que “las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario”¹³², un argumento que no responde en realidad a los antecedentes, tal cual hemos puesto de manifiesto¹³³.

Los alcances de tal cláusula fueron puestos en discusión ante el Tribunal en la llamada “Decisión sobre la Amnistía de Lomé” (*Lomé Amnesty Decision*)¹³⁴. En ella, el Tribunal convalidó la misma sosteniendo que el Acuerdo de Lomé era un mero acuerdo interno sin valor internacional. Por ello, mal podría, desde la óptica del derecho internacional, ponerse en

El Estatuto del Tribunal precisó más el concepto, agregando: “incluyendo a aquellos líderes que al cometer tales delitos, han amenazado el establecimiento y la implementación del proceso de paz en Sierra Leona”. (art. 11).

¹³⁰ Art. 10.

¹³¹ Ver carta del presidente de Sierra Leona al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de fecha 12 de junio de 2000 (Doc. U.N. S/2000/786). La Comisión de Verdad y Reconciliación ha rechazado esta postura, por considerar que no refleja la realidad de los hechos (ver COMISIÓN DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE SIERRA LEONA, *The Final Report...*, cit. en nota 78, *supra*, Vol. 3b., Cap. 6, §23).

¹³² Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona (U.N. S/2000/915) del 4 de octubre de 2000.

¹³³ En similar sentido, WILLIAM A. SCHABAS, *Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone*, 11 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 145 (2004).

¹³⁴ Cit. en nota 36, *supra*.

cuestión la validez del Estatuto, una norma internacional, sobre la base de que el mismo contradeciría el Acuerdo, una norma de derecho interno¹³⁵. Más adelante, el Tribunal, en *dictum*, sostuvo que si bien no existe aún una norma de derecho internacional que prohíba el otorgamiento de amnistías por graves crímenes contra el derecho internacional, ella está en desarrollo y *crystalizando*¹³⁶.

4. Las normas convencionales. El sistema interamericano

Por su parte, los tratados generales sobre derechos humanos de la postguerra, si bien recogieron la necesidad de promover y proteger los derechos humanos, evitaron referirse expresamente al tema de amnistías o indultos respecto de los crímenes que son objeto de este trabajo. Así, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como tampoco la Convención Europea de Derechos Humanos, ni la Convención Americana hacen referencia expresa a la existencia de delitos excluidos de la posibilidad de que se les aplique la amnistía o el indulto. No obstante, diversas cláusulas de estos tratados nos permiten sostener que tampoco ellos prohíben tales medidas.

Por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica establece que no puede impedirse a un condenado a muerte a solicitar la amnistía o el indulto¹³⁷. El mismo principio se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que va más allá aún, ya que estipula enfáticamente que “la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos *en*

¹³⁵Cabe recordar que el art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

¹³⁶SCSL, *Lomé Amnesty Decision*, cit. en nota 36, *supra*, cons. 82.

¹³⁷Convención Americana de Derechos Humanos (*Pacto de San José de Costa Rica*), art. 4, inc. 6.

todos los casos”¹³⁸. Del mismo modo, ambos instrumentos prevén el principio de ley penal más benigna¹³⁹.

Si consideramos que ambos tratados estipulan que la pena de muerte sólo podrá establecerse para los crímenes “más graves”¹⁴⁰, y que los crímenes de lesa humanidad revisten precisamente esta condición, no cabe otra interpretación más que admitir la validez de las amnistías para este tipo de delitos.

Esta interpretación responde a un sencillo proceso lógico¹⁴¹:

Primer Silogismo:

Premisa A: Sólo los más graves crímenes pueden motivar la pena de muerte.

Premisa B: Los crímenes de lesa humanidad son crímenes de la mayor gravedad.

Conclusión: Los crímenes de lesa humanidad pueden motivar la pena de muerte.^(*)

Segundo Silogismo:

Premisa A: Los crímenes que pueden motivar la pena de muerte pueden ser objeto de amnistías o indultos.

¹³⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 6, inc. 4 (el resaltado es propio).

¹³⁹ *Pacto de San José de Costa Rica*, art. 9; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 15, inc. 1.

¹⁴⁰ *Pacto de San José de Costa Rica*, art. 4, inc. 2.; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 6, inc. 2.

¹⁴¹ Otro sería el razonamiento si las normas antedichas sólo se refirieran a la conmutación de penas, o sea a la modificación de la pena de muerte por otra menos gravosa. En ese caso podría sostenerse que la cláusula sólo pretende señalar el disfavor con el cual el derecho internacional trata a la pena de muerte. Pero las normas hablan de “amnistía” e “indultos”, lo que conlleva ínsito la idea de perdón.

Premisa B: Los crímenes de lesa humanidad pueden motivar la pena de muerte.^(*)

Conclusión: Los crímenes de lesa humanidad pueden ser objeto de amnistías o indultos.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco consideró originalmente que toda amnistía nacional fuese violatoria de la Convención, más allá de procurar limitar sus alcances. En la Resolución 25/86, la Comisión expresó:

“7. Que los Gobiernos democráticos de América pueden conceder amnistías por razones de paz social pero no dejar de investigar los hechos atroces que pudieran haber acontecido durante los períodos que los han precedido”¹⁴².

Criterio que fue complementado por el informe presentado a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en cumplimiento de la obligación dispuesta por el artículo 41 inc. g) del Pacto de San José de Costa Rica, correspondiente al período 1985-1986:

“Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional– puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia.

¹⁴²CIDH, Resolución N° 25/86, Casos de desaparición forzada de personas en Guatemala, 9 de abril de 1986 (Documento OEA/Ser.L/V/II.68, Doc.8 rev.1 26).

Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados –usualmente el Parlamento– tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones”¹⁴³.

No obstante, la Comisión fue poco a poco mutando su posición.

En el informe 28/92 sobre la República Argentina¹⁴⁴, la Comisión sostuvo que en la medida en que un estado confiere a sus ciudadanos el derecho de la víctima de un delito a querellar en el juicio criminal, “...*el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito... deviene en un derecho fundamental del ciudadano*”, y por lo tanto una amnistía resultaría violatoria de las garantías judiciales previstas por el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica. El mismo criterio fue seguido luego en informes posteriores¹⁴⁵.

Tal afirmación incurre, en nuestra opinión, en dos gruesos errores. En primer lugar, al menos en el derecho argentino, no es posible considerar que la facultad que el ordenamiento procesal otorga a la víctima a querellar pueda considerarse un “derecho fundamental” del individuo. Si estamos a que los derechos huma-

¹⁴³Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, cap. V (Documento OEA/Ser.L/V/II.68 Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986).

¹⁴⁴Informe N° 28/92. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina (Documento OEA/Ser. L/V/II.82 Doc 24, del 2 de octubre de 1992).

¹⁴⁵Ver, entre otros, el Informe N° 1/99, Caso 10.480. Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez y Carlos Antonio Martínez Romero (El Salvador) (Documento OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 6 rev.) del 27 de enero de 1999).

nos poseen validez universal, no es posible sostener que el “derecho a querellar” sólo pueda considerarse un derecho fundamental en aquellos estados que admiten el mismo. Son numerosos los estados que no permiten la intervención particular en los procesos penales sin que ello sea considerado una violación a los derechos humanos. Por otra parte, en nuestro sistema “no existe norma alguna que autorice a la querrela, de inicio, a promover la acción penal pública”¹⁴⁶. Y ello es así, en razón de que en nuestro derecho penal, tal como sostuvo Levene (h), “es inadmisibles en materia penal, donde predominan conceptos de reeducación y defensa social, que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública”¹⁴⁷.

Por otra parte, el artículo 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica, dispone, en la parte pertinente:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Dicha disposición, contrariamente a lo postulado por la Comisión, no necesariamente importa el derecho de una persona, víctima de un delito (incluyendo a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad), a participar en el proceso por el cual el Estado procura sancionar a los responsables. Los derechos de las vícti-

¹⁴⁶MARIANO CÚNEO LIBARONA (H), *Acciones que nacen del delito*, en MIGUEL ÁNGEL ALMEYRA, DIRECTOR, JULIO CÉSAR BÁEZ, COORDINADOR, *Código Procesal Penal de la Nación, comentado y anotado*, Tomo I, pág. 304, La Ley, 2007.

¹⁴⁷Citado por JULIO CÉSAR BÁEZ Y GUIDO AGUIRRE, *Partes, Defensores, Derechos de testigos y víctimas*, en MIGUEL ÁNGEL ALMEYRA, DIRECTOR, JULIO CÉSAR BÁEZ, COORDINADOR, *Código Procesal Penal*, cit. en nota 146, *supra*, pág. 511.

mas son, esencialmente, a conocer la verdad de los hechos y, eventualmente, a obtener la consiguiente reparación por la pérdida sufrida. Pero ellos no incluyen el derecho a perseguir u obtener la condena del criminal. Como ha sostenido el juez Fayt en su disidencia en la causa *Mazzeo*:

*“No existe un derecho constitucional a la pena. En efecto, la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se decidiría con su carácter fragmentario y de última ratio)”*¹⁴⁸.

Así lo sostienen también los *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de acciones para combatir la impunidad*, preparados a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los cuales, en su actualización del año 2005 establecen:

“Principio 19. Deberes de los estados con relación a la administración de justicia:

Los estados deben encarar en forma rápida, investigaciones independientes, completas e imparciales de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y tomar las medidas apropiadas con relación a sus autores, particularmente en el área de la justicia penal, asegurando que aquellos responsables de graves crímenes de derecho internacional sean procesados, juzgados y debidamente sancionados.

Si bien la decisión de procesar recae principalmente dentro de la competencia de los estados, las víctimas, sus familiares y herederos deben tener la posibilidad de iniciar proce-

¹⁴⁸CSJN, *Mazzeo*, cit. en nota 2, *supra*. En forma similar, CARLOS S. NINO, *The duty...*, cit. en nota 22, *supra*.

... sos, sea en forma individual o colectiva, particularmente como partes civiles o como querellantes en aquellos estados cuyas normas de procedimiento penal reconocen dichos procesos... ”¹⁴⁹.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se ha expresado (en diversos *dicta* y nunca como *holding*) en el marco de medidas de *autoamnistía*¹⁵⁰, sosteniendo su manifiesta ilegalidad, sin que de sus decisiones pueda extrapolarse una postura absoluta contraria a las medidas de perdón. Por el contrario, diversos votos particulares, a los que haremos referencia, específicamente admiten tales soluciones, sujetas al cumplimiento de ciertos requisitos.

Así, en la primera oportunidad en que trató la cuestión, la Corte expresó:

“La Convención Americana garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia para hacer valer sus derechos y asimismo impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus

¹⁴⁹Actualización a los *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de acciones para combatir la impunidad* (Documento UN E/CN.4/2005/102/Add.1)

¹⁵⁰Ver nota 81, *supra*. En contra, el voto del juez Petracchi en la causa *Simón*, para quien, con un criterio expansivo que en nuestra opinión no encuentra fundamento en el texto de las sentencias: “En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos” (CSJN, *Simón*, cit. en nota 1, *supra*, cons. 24).

obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado”¹⁵¹.

Los alcances de tal decisión fueron delimitados en el voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trinidad y Abreu Burelli:

“2. Así, la doctrina contemporánea al respecto ha establecido la relación entre el derecho a la reparación, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (que comienza por el acceso a la justicia). La realización de estos derechos se ve obstaculizada por medidas de derecho interno, tales como las llamadas autoamnistías atinentes a violaciones de los derechos humanos, que conducen a una situación de impunidad.

3. Dichas medidas son incompatibles con el deber de los Estados de investigar aquellas violaciones, imposibilitando la vindicación de los derechos a la verdad y a la realización de la justicia, así como, en consecuencia, del derecho a obtener reparación...

4. Las medidas antes citadas son, además, incompatibles con la obligación general de los Estados de respetar y garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención Americana

¹⁵¹Corte IDH. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, cons. 168. La postura fue reiterada en el caso *Castillo Páez*, fallado el mismo día (Corte IDH, *Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, cons. 105).

sobre Derechos Humanos). Los Estados tienen el deber de eliminar aquellas medidas (que constituyen obstáculos para la realización de los derechos humanos), de conformidad con la otra obligación general de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención Americana)”.

Pero es tal vez el voto concurrente del juez García Ramírez en la causa *Castillo Páez*, el que delimita con mayor claridad los alcances de la decisión del tribunal:

“6. Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del Derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas.

7. En la reciente doctrina sobre los derechos humanos, ha sido ampliamente examinado el tema de las leyes de amnistía, que por su propio carácter implican la impunidad de conductas realizadas antes de la expedición de aquéllas. Quienes han estudiado el tema, que cada día suscita mayor interés, tratan de armonizar las exigencias de la paz y la reconciliación con el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, particularmente cuando se han cometido violaciones de extraordinaria gravedad —es decir, delitos de lesa humanidad, como genocidio, ejecución extrajudicial, tortura o desaparición forzada— amparadas en supuestas necesidades de lucha contra la subversión.

No se ignora que la amnistía implica el olvido y el silencio en relación con hechos que tienen, en principio, naturaleza delictiva. Pero se considera que este olvido y este silencio no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad.

8. En este orden de cosas, conviene que la impunidad que traen consigo las normas sobre amnistía se limite en la mayor medida posible, a efecto de que aquéllas alcancen los objetivos que legítimamente pretenden, sin que ello menoscabe o soslaye el respeto a los derechos humanos, cuya violación no puede considerarse como un recurso legítimo en las contiendas internas. Las leyes de amnistía se hallan en el cruce, tan complejo y delicado, entre la lucha contra la impunidad y el propósito de promover la reconciliación nacional.

...

9. Con frecuencia se presenta a las leyes de amnistía, genéricamente, como medidas conducentes al restablecimiento de la paz o de transición hacia ella.

Contribuye al esclarecimiento de esta cuestión el deslinde que se puede y se debe hacer entre las disposiciones de amnistía, tomando en cuenta diversos factores relevantes: circunstancias en que se dictan, forma de adoptarlas y eficacia que revisten. En este sentido, cabe distinguir entre las llamadas “autoamnistías”, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad

de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquellos aprueba o reconoce como adecuados. Las normas de la primera categoría han sido severamente cuestionadas.

...

12. En suma, he considerado pertinente señalar que, en mi concepto, el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta las características que el Derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana”.

Al volver a analizar el tema, en la causa *Barrios Altos*¹⁵², la Corte intentó delimitar con mayor precisión su postura:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

...

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y

¹⁵²Corte IDH. *Barrios Altos vs. Perú*, cit. en nota 4, *supra*.

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

Nuevamente, el voto concurrente del entonces presidente del tribunal Cançado Trindade, aclara un poco más la cuestión:

5. Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia).

Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales –indisociables– de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención).

Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).

6. Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreando violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

En casos más recientes, la Corte aparentemente parece extender la ilegalidad de las medidas de amnistía a todos los casos (y no sólo a casos de autoamnistía). En el *dictum* en el caso *Almonacid*¹⁵³, expresó:

“110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales,

¹⁵³Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. En el caso, si bien no hubo allanamiento por el gobierno chileno, tanto la Comisión, como el particular afectado, como la República de Chile habían coincidido en sostener la ilegalidad del decreto de autoamnistía decretado por el gobierno del general Pinochet.

entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

III. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, espe-

cialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

...

114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”.

Sin embargo, dicha extensión es meramente aparente. Nuevamente el voto del juez Cançado Trindade acota los alcances de la decisión y, bajo el título “*La falta de validez jurídica de las autoamnistías*”, señala:

*4. Es de conocimiento general que hay distintos tipos de amnistía, “concedida” en medio a pretextos de alcanzar la “reconciliación nacional” mediante la revelación de la “verdad” (según los términos de la amnistía en cuestión) y el perdón; esos pretextos, en la práctica de algunos Estados, han sido invocados individual o conjuntamente. Sin embargo, el perdón no puede ser impuesto por decreto ley, ni de ninguna otra forma: sólo puede ser concedido espontáneamente por las propias víctimas... 5. Los diferentes tipos de amnistía han sido estudiados en los últimos años, sin que sea necesario retomar aquí este aspecto de la materia en aprecio. Cabe, esto sí, en las circunstancias del **cas d’espèce**, retener la atención sobre un tipo específico de amnistía, la llamada “autoamnistía”, que busca subs-*

traer de la justicia los responsables por violaciones graves de los derechos humanos, conllevando así a la impunidad” ... 7. ... Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de éstas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común. Ni siquiera buscan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. Todo lo que pretenden es substraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas”.

Estos principios fueron reiterados, prácticamente sin variantes, en el más reciente caso *La Cantuta*¹⁵⁴, con remisiones a aquél y a la causa *Barrios Altos*, lo cual llevara a al juez García Ramírez, a la sazón presidente del tribunal, a expresar en su voto razonado, que estas sentencias han “*establecido lo que podemos llamar el ‘criterio interamericano sobre las autoamnistías’*”, con el cual “*se ha consolidado, en los planos internacional e interno, el criterio que aportó, en su hora, un importante signo innovador y que hoy configura una garantía cada vez más conocida, admitida y aplicada dentro del sistema tutelar de los derechos humanos*”¹⁵⁵.

En síntesis, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana puede extraerse como conclusión: sólo aquellas amnistías que

¹⁵⁴Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. En el caso, al igual que en *Almonacid*, el estado peruano había reconocido la ilegalidad de la ley de amnistía.

¹⁵⁵En forma similar se expresó el juez Cançado Trindade en su voto razonado: “32. Las sentencias de esta Corte en los casos de *Barrios Altos* (2001), de *Almonacid* (2006), y de *La Cantuta* (2006), constituyen una decisiva contribución de este Tribunal hacia el fin de las autoamnistías y hacia el primado del Derecho.

son dictadas con el fin de establecer un marco de impunidad para los autores de graves violaciones a los derechos humanos (entre las cuales se destacan las medidas de autoamnistía), o de silenciar o impedir el derecho a conocer la verdad de los hechos ocurridos, resultan contrarias al sistema interamericano, en tanto violan el derecho a la protección judicial (llamado también derecho a una tutela judicial efectiva), garantizado por el artículo 25 del Pacto¹⁵⁶.

Esta postura es coincidente con la sostenida por la comunidad internacional. Así, por ejemplo, los estatutos de los tribunales penales internacionales de Rwanda y Yugoslavia disponen que los procesos y sentencias internos no serán oponibles al tribunal [sólo] si hubiesen sido seguidos o dictadas con el fin de sustraer al acusado de su eventual responsabilidad¹⁵⁷. En similar sentido se expresan los artículos 17 y 20 del Estatuto de Roma¹⁵⁸. Y así

¹⁵⁶ *Pacto de San José de Costa Rica*, artículo 25: “Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹⁵⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (cit. en nota 59, *supra*) Artículo 10.2. “Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si: ... b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente”. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (cit. en nota 60 *supra*) Artículo 9.2. “Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Rwanda solamente si: ... b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria”.

¹⁵⁸ *Estatuto de Roma*, cit. en nota 6, *supra*, “Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad. 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un

debe también ser interpretada la obligación existente en diversos tratados internacionales en cuanto obliga a los estados a procesar y condenar a quienes cometan tales crímenes¹⁵⁹.

Del mismo modo se ha expresado también el “*Informe Final sobre la cuestión de impunidad de los responsables de violaciones a los derechos humanos (civiles y políticos)*”, preparado en 1997 por Louis Joinet a requerimiento de la Sub-Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos¹⁶⁰. Tras identificar como derechos de las víctimas el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a una reparación¹⁶¹, señala como uno de los

Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo... 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se dan una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Artículo 20. Cosa juzgada 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

¹⁵⁹Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículos I, IV y V; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, artículo IV; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículo 4.

¹⁶⁰Documento UN E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (en adelante, “*Informe Joinet*”).

¹⁶¹*Informe Joinet*, § 16.

“Principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de acciones para combatir la impunidad”:

“Principio 25. Restricciones y otras medidas relacionadas con las amnistías:

Aun cuando tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, las amnistías y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para asegurar que sean procesados, juzgados y debidamente sancionados, otorgando a las víctimas remedios efectivos y reparación por los daños sufridos, y tomando medidas para prevenir la repetición de tales violaciones.

b) No tendrán ningún efecto con relación al derecho de las víctimas a obtener reparación...”¹⁶².

Si bien muchas amnistías encubren fines ilícitos en tanto impiden el acceso al conocimiento pleno de lo ocurrido, niegan el derecho de reparación adecuada a las víctimas y fomentan una cultura de impunidad, quedando por lo tanto fuera de la legalidad

¹⁶²*Id.* Anexo II. Este principio es citado también en el voto particular del juez García Ramírez en la causa *Castillo Páez*, cit. en nota 151, *supra*. El principio es ratificado prácticamente sin variantes en la actualización de los principios formulada en 2005 por la prof. Orentlicher (Doc. UN E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 24), y debe ser analizado juntamente con el Principio 23 (22 en la actualización del año 2005), que exige a los estados adoptar medidas tendientes a evitar el abuso de medidas tales como las amnistías que puedan fomentar o contribuir a la impunidad de tales crímenes.

internacional¹⁶³, no toda medida de perdón es dictada con aquellos fines. Tal como ha sostenido Scharf: “es una concepción errónea y común considerar que canjear amnistías o indultos por paz es equivalente a falta de atribución de responsabilidad y [falta de] reparación”¹⁶⁴.

El mismo criterio fue sostenido por el juez Fayt, en su voto en la causa Mazzeo:

“no debe desconocerse que un vasto sector doctrinario entiende... por el contrario, que medidas que impliquen la imposibilidad del castigo penal no merecen objeciones si se acompañan con el respeto del derecho de las víctimas a una compensación y a la verdad, en tanto, “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 [;] 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”.

...

Como puede observarse esta visión se encuentra en las antípodas de la tesis del castigo penal como única alternativa al “derecho a la verdad”, por cuanto hay quienes con argumentos de peso consideran que los procesos restaura-

¹⁶³ Así, por ejemplo, han sido calificadas las amnistías extremadamente amplias e incondicionadas (conocidas en idioma inglés como *blanket amnesties*). Ver, entre otros, GWEN K. YOUNG, *All the truth and as much justice as possible*, 9 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 209 (2003). En forma similar se ha expresado el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la misión emprendida por su Oficina, de conformidad con la resolución 2000/60 de la Comisión, para evaluar la situación sobre el terreno en lo que respecta al secuestro de niños en Uganda septentrional (Noviembre de 2001), señalando que tales amnistías “promueven una cultura de impunidad y no está de conformidad con los estándares y prácticas internacionales” (Documento UN E/CN.4/2002/86 (2001)).

¹⁶⁴ MICHAEL P. SCHARF, *From the exile files...*, cit. en nota 5, *supra*.

*tivos “abren mejores posibilidades para descubrir la verdad que los juicios penales”*¹⁶⁵.

Así, el derecho a la verdad y al conocimiento pleno de lo ocurrido, junto con la posibilidad de las víctimas de obtener reparaciones, se encaraman como pilares fundamentales de cualquier proceso de pacificación y reconciliación nacional que pretenda incluir medidas de perdón para los crímenes de lesa humanidad. Coincidimos pues con la postura de Carlos Nino, para quien, “la formación de una conciencia social contra los abusos de los derechos humanos depende más de la exposición de los hechos y su clara condena que en el número de individuos que efectivamente hayan sido condenados”¹⁶⁶.

La trascendencia del derecho a la verdad, incluyendo el derecho no sólo al conocimiento de los hechos sino también la identificación de los responsables, ha sido reconocida también, entre otros, por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁷, y por el Grupo de Trabajo sobre desaparición forzada de personas¹⁶⁸.

A su vez, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2005/66, ha “reconocido la importancia de respetar y asegurar el derecho a la verdad como modo de contribuir a poner fin a la impunidad y a promover y proteger los derechos humanos”¹⁶⁹.

De igual modo se han expresado diversos tribunales nacionales. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, le ha exigido al Congreso que, al conceder una amnistía, “tiene que dejar a

¹⁶⁵Cit. en nota 2, *supra*.

¹⁶⁶CARLOS S. NINO, *The duty to punish...*, cit. en nota 22, *supra*.

¹⁶⁷Entre otros, casos CCPR/C/79/Add.63 (1996) (Guatemala) y CCPR/C/19/D/107/1981 (Uruguay) (1983).

¹⁶⁸Documento UN E/CN.4/1999/62 (1998) (Turquía).

¹⁶⁹Documento UN E/CN.4/2005/66 (2005).

salvo el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación a las víctimas”¹⁷⁰. En forma similar se expresó la minoría de la Corte Suprema de la República Argentina en la causa *Suárez Mason*¹⁷¹.

D. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos analizado el desarrollo del derecho internacional en un área extremadamente sensible y delicada, y hemos puesto de resalto las dudas y ambigüedades que la cuestión presenta. Creemos haber demostrado nuestra hipótesis inicial. No cabe ninguna duda la extrema gravedad que revisten las violaciones masivas de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. Ellos no significan sino la negación misma de la humanidad de la víctima, la “cosificación” de la persona. Es por ello que el mundo entero se encuentra justamente abocado a su erradicación, con el objetivo de lograr un mundo en donde el respeto por los derechos individuales sea una realidad y no una mera utopía, haciendo carne esa expresión con la cual se cerraron en la República Argentina los alegatos en el juicio a las juntas militares: “Nunca Más”. Y en esa tarea, las amnistías y perdones nacionales son herramientas jurídicas que no pueden ser soslayadas. Obviamente, como toda herramienta, deben ser utilizadas con prudencia, involucrando a todos los actores, víctimas y victimarios¹⁷², y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, a fin de no desnaturalizar su finalidad.

¹⁷⁰Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-695/02 del 28 de agosto de 2002.

¹⁷¹CSJN, Caso S. 1085. XXXI. *Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.*, sentencia del 13 de agosto de 1998.

¹⁷²Como señala Villa-Vicencio: “La construcción de la nación claramente requiere que se escuche la voz de las víctimas y de los sobrevivientes [pero] es también crucial asegurar que los autores, de todos los ámbitos de la división política no sean excluidos de este ejercicio. Los autores recalitrantes tienen que compartir el proceso de transformación” (CHARLES VILLA-VICENCIO, *Why perpetrators should not always be prosecuted...*, cit. en nota 77, *supra*).

Lamentablemente, muchas de las normas de perdón dictadas en los últimos años por distintos estados nacionales, han importado un claro abuso, y ello ha contribuido al desprestigio de tales medidas y a una sensación de que las mismas conducen, inexorablemente, a la impunidad y a la falta de reparación a las víctimas. Como señalara mi padre:

“El otro factor que ha impedido aprovechar eficientemente las amnistías es la desnaturalización que de ellas hemos hecho. Las hemos utilizado como forma jurídica para encubrir el perdón, pero nunca en el sentido estricto del olvido. Han sido siempre la expresión de la magnanimidad o debilidad del vencedor, no el producto del consenso social y de la vocación de realizar juntos, amnistiadores y amnistiados, un proyecto político que comprenda a todos”¹⁷³.

Pero ello no puede hacernos perder el rumbo, ni llevarnos a transformar la noble causa de la lucha por los derechos humanos y por hacer del mundo un lugar más justo, en una cruzada vengadora (o reparadora), cuyo resultado será, cuanto menos, incierto. Son estos los momentos donde se advierte la grandeza de los hombres y lo que lleva a diferenciar a los estadistas de los simples gobernantes. Ojalá que los dirigentes del mundo, alejados de las pasiones que una situación tan grave genera, sepan estar a la altura que los acontecimientos requieren.

¹⁷³ ALFREDO VÍTOLO, *Amnistías Políticas Argentinas*, cit. en nota 33, *supra*.