

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA LOS DERECHOS HUMANOS



INSTRUMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO PARA SOCIEDADES QUE HAN SALIDO DE UN CONFLICTO

Amnistías



NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2009

NOTA

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

HR/PUB/09/1

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Nº de venta: S.09.XIV.1

ISBN 978-92-1-354115-9

	<i>Página</i>
Prefacio	v
Introducción	1
I. DEFINICIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS AMNISTÍAS	5
II. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO DE LAS AMNISTÍAS	11
A. Amnistías incompatibles con el derecho internacional	11
B. Otras consideraciones al evaluar las amnistías	24
C. Principios y normas de las Naciones Unidas relativas a las amnistías	27
D. Efecto jurídico de las amnistías	29
E. Las amnistías y el derecho a la verdad	31
III. RELACIÓN ENTRE AMNISTÍAS Y MEDIDAS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN	33
A. Comisiones de la verdad	33
B. El derecho a un recurso, incluida la reparación	35
C. Programas de desarme, desmovilización y reintegración	35
IV. CUESTIONES QUE SURGEN AL EVALUAR UNA AMNISTÍA O UN PROYECTO DE AMNISTÍA	37
Anexo. Lista de verificación	43

NOTA DE AGRADECIMIENTO

El ACNUDH desea expresar su agradecimiento a las personas y las organizaciones que han formulado observaciones, aportado sugerencias y prestado su apoyo para la preparación del presente documento. En particular, desea expresar su reconocimiento a la consultora Diane Orentlicher, principal responsable de su elaboración. El ACNUDH desea expresar además su gratitud a la institución que prestó apoyo esencial a la consultora, el Washington College of Law de la American University.

Con la publicación de Amnistías y de Consultas Nacionales sobre la Justicia de Transición, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), entidad principal del sistema de las Naciones Unidas en materia de justicia de transición, inicia la tercera parte de su serie sobre instrumentos de la justicia de transición para Estados que han salido de un conflicto. Esas publicaciones tienen por objeto fomentar una capacidad institucional sostenible dentro de las misiones de las Naciones Unidas, así como prestar asistencia a las administraciones y a la sociedad civil de Estados en transición para que puedan adaptar mejor sus respuestas a las necesidades de la justicia de transición.

Las amnistías se rigen actualmente por un conjunto sustancial de normas de derecho internacional que delimitan el ámbito de lo permisible. Lo que es más importante, las amnistías que impiden el enjuiciamiento de las personas que pueden resultar jurídicamente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacional, así como con la política de las Naciones Unidas. Además, las amnistías no pueden limitar el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra a un recurso efectivo y reparación, ni pueden obstaculizar el derecho de las víctimas o de las sociedades a conocer la verdad acerca de esas violaciones.

La política de las Naciones Unidas de oponerse a las amnistías relativas a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o violaciones graves de derechos humanos, incluso en el contexto de las negociaciones de paz, constituye una evolución importante basada en una experiencia de larga data. Las amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes. Por el contrario, se ha llegado a acuerdos de paz sin disposiciones relativas a amnistía en algunas situaciones en que se había dicho que la amnistía era una condición necesaria de la paz y en que muchos temían que los enjuiciamientos prolongaran el conflicto.

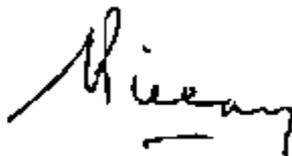
Esas experiencias ponen en duda el supuesto de que debe optarse entre paz o justicia. Las Naciones Unidas han reconocido que, cuando se actúa en forma apropiada, la justicia puede ayudar a lograr una paz justa y sostenible. Al oponerse a las amnistías que consagran la impunidad respecto de crímenes atroces, la política de las Naciones Unidas procura salvaguardar un espacio para la justicia incluso cuando no se hayan establecido todavía apropiadamente condiciones relativas a los enjuiciamientos.

El volumen relativo a las *Amnistías* determina cuáles de las principales normas de derecho internacional y de la normativa de las Naciones Unidas deben orientar al personal de las Naciones Unidas cuando deben evaluar proyectos de amnistía. Se dan ejemplos de amnistías para ilustrar las normas de derecho internacional aplicables cuando se evalúa una amnistía. Esta publicación considera además la relación entre las amnistías y diversos procesos de justicia de transición y da orientación a los profesionales que puedan tropezar con problemas al tratar de aplicar los principios resumidos en el volumen relativo a las *Amnistías* a situaciones ambiguas en el terreno.

Amnistías, junto con la publicación paralela *Consultas Nacionales sobre la Justicia de Transición*, complementa nuestras series de publicaciones de 2006 y 2008, que incluyen *Iniciativas de Enjuiciamiento*, *Comisiones de la Verdad*, *Procesos de Depuración*, *Aprovechamiento al Máximo del Legado de los Tribunales Mixtos*, *Programas de Reparaciones*, *Cartografía del Sector de la Justicia* y *Supervisión del Sistema de Justicia*. Cada uno de esos instrumentos tiene importancia por sí solo, pero se ajusta además a una perspectiva operacional coherente. Los principios utilizados en estos instrumentos se basan sólidamente en la experiencia y las lecciones aprendidas en las operaciones de las Naciones Unidas sobre el terreno.

De manera acorde con su participación en la formulación de la normativa de la justicia de transición y en respuesta a solicitudes del sistema de las Naciones Unidas, en particular de sus representaciones sobre el terreno, así como de otras entidades asociadas, el ACNUDH seguirá elaborando instrumentos relativos al estado de derecho.

Deseo aprovechar esta oportunidad para expresar tanto mi agradecimiento por la información recibida de nuestros asociados hasta la fecha como mi gratitud a todos los que han contribuido a esta importante iniciativa.



Navanethem Pillay
Alta Comisionada de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

En el presente instrumento se indican los principios básicos que deben orientar al personal de las Naciones Unidas cuando debe evaluar proyectos de amnistía que pueden ser incompatibles con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas.

En el primer capítulo se definen las amnistías, se describe su uso y se distinguen de otras medidas jurídicas que tienen cierta semejanza con las amnistías pero que no se tratan en el presente documento. En el capítulo II se resumen las principales normas de derecho internacional y de la política de las Naciones Unidas que deben orientar la consideración de las amnistías. En ambos capítulos se incluyen ejemplos de amnistías de muchos países que ilustran las normas de derecho internacional y de la política de las Naciones Unidas aplicables al evaluar un proyecto de amnistía. En el capítulo III se considera la relación de las amnistías con los procesos de la justicia de transición. Finalmente, en el capítulo IV se da mayor orientación a los profesionales que pueden encontrar obstáculos al tratar de aplicar los principios jurídicos resumidos en el instrumento a situaciones ambiguas sobre el terreno.

Desde hace mucho tiempo sujetas a la amplia discrecionalidad de los Estados, las amnistías se rigen actualmente por un conjunto sustancial de normas de derecho internacional. Lo que es más importante, las amnistías que impiden el enjuiciamiento de personas que pueden ser jurídicamente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos¹ son incompatibles con las obligaciones de los Estados contraídas con arreglo a diversos tratados que han sido ampliamente ratificados y con la política de las Naciones Unidas, y pueden ser incompatibles además con los principios emergentes del derecho consuetudinario. Además, las amnistías no pueden menoscabar el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra a un recurso efectivo o reparaciones, ni pueden obstaculizar el derecho de las víctimas o las sociedades a conocer la verdad acerca de esas violaciones.

Si bien se expresan en términos de amnistías que los Estados *no* pueden aprobar, estos principios básicos derivan de obligaciones *afirmativas* de los Estados de velar por la protección efectiva de las personas respecto de la violación de sus derechos. Por su naturaleza la impunidad invita a la comisión de nuevos abusos, y el derecho internacional ha reconocido este hecho desde hace largo tiempo exigiendo que los Estados investiguen las violaciones graves de derechos humanos y los crímenes de guerra, que inicien juicios penales contra los participantes en las violaciones, que impongan una pena apropiada a los responsables, y que proporcionen remedio apropiado y efectivo a las personas cuyos derechos hayan violado.

En una perspectiva más amplia, la experiencia ha indicado que las amnistías que impidan el enjuiciamiento o los recursos civiles respecto de crímenes atroces probablemente no serán sostenibles, incluso cuando se adopten en la esperanza de hacer avanzar la reconciliación nacional en lugar de hacerlo con el objetivo cínico de proteger las depredaciones detrás de una fortaleza de impunidad. Por ejemplo, cuando la Argentina aprobó las leyes de amnistía en el decenio de 1980, el Gobierno defendió sus medidas por cuanto

¹ Como se explica en la sección A.6 del capítulo II, entre los delitos de esta categoría se incluyen la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la esclavitud, y la desaparición forzada, incluidos los casos de delitos que afecten concretamente a la mujer y la violación de género.

había una "necesidad imperativa de la reconciliación nacional y la consolidación del sistema democrático"². En 2003 el Congreso de la Argentina anuló las leyes con efecto retroactivo; dos años más tarde su Corte Suprema ratificó las medidas del Congreso. Dos décadas después de los intentos fallidos de golpe de los años ochenta en la Argentina, "la Argentina ha tenido más juicios de derechos humanos de transición que cualquier otro país del mundo y ha disfrutado del período ininterrumpido de más larga duración de gobierno democrático de su historia"³.

En algunos países los tribunales han reducido gradualmente el alcance de las amnistías que violan las obligaciones de derechos humanos de sus países. En Chile, por ejemplo, los tribunales han interpretado en forma restrictiva una amnistía de la época de Pinochet, que permite que las causas sigan adelante sobre la base de teorías jurídicas que impugnen el intento de la amnistía por obtener impunidad en gran escala. En otros lugares se han movilizado grupos de derechos humanos para impugnar las amnistías promulgadas décadas antes y para invocar el derecho internacional en apoyo de su causa⁴.

Las Naciones Unidas han desempeñado un papel rector en el adelanto de las normas de derecho que han impulsado esos esfuerzos, que se resumen en el presente instrumento. Funcionarios y órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han condenado desde hace largo tiempo las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos. Más recientemente los órganos políticos y los principales funcionarios de las Naciones Unidas han afirmado que no puede haber impunidad respecto de crímenes atroces.

Los principios jurídicos y la política de las Naciones Unidas descritas en el presente instrumento limitan la discrecionalidad de los Estados en particular. Pero tienen además consecuencias significativas para las Naciones Unidas. Reconociéndolo, el Secretario General afirmó en su informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades en conflicto y posteriores a conflictos⁵ que "los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos". Asimismo, el personal de las Naciones Unidas, en la Sede o en las operaciones sobre el terreno, jamás podrá condonar las amnistías condenadas tanto por el derecho internacional como en la política de las Naciones Unidas.

La política de las Naciones Unidas de oponerse a las amnistías por crímenes de guerra y por violaciones manifiestas de los derechos humanos incluso en el contexto de negociaciones de paz constituye una evolución importante, basada en una larga experiencia. Los mediadores de las Naciones Unidas han estimulado en ocasiones a las partes en conflictos armados a convenir en una amnistía general con miras a poner fin a los conflictos. Más recientemente, sin embargo, los funcionarios y órganos políticos de las Naciones Unidas han reconocido, como lo observó el entonces Secretario General Kofi Annan en el informe anteriormente mencionado, que "justicia y paz no son fuerzas contrapuestas, cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra". El Secretario General

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina*, casos Nos. 10147, 10240, 10262, 10309, 10311, informe N° 28/92, 2 de octubre de 1992, párr. 25.

³ Kathryn Sikkink y Carrie Booth Walling, "The impact of human rights trials in Latin America", *Journal of Peace Research*, vol. 44, N° 4 (2007), pág. 427.

⁴ Véase, por ejemplo, Larry Rohter, "Groups in Brazil aim to call military torturers to account", "Groups in Brazil aim to call military torturers to account", *New York Times*, 16 de marzo de 2007.

⁵ S/2004/616.

Ban Ki-moon se refirió a un tema semejante en una visita que hizo al Sudán en septiembre de 2007 al afirmar que la justicia es parte importante del establecimiento y mantenimiento de la paz. Una cultura de impunidad y un legado de crímenes del pasado que no se sancionan solo pueden erosionar la paz.

Las amnistías que exigen de sanción penal a los responsables de crímenes relacionados con los derechos humanos suelen fallar en el intento de lograr sus objetivos y en lugar de ello parecen haber alentado a los beneficiarios a cometer nuevos crímenes. Un ejemplo bien conocido es el de la disposición de amnistía del Acuerdo de Paz de Lomé de 1999, que no sólo no puso fin al conflicto armado en Sierra Leona sino que además no impidió nuevas atrocidades⁶.

Por el contrario, se han logrado acuerdos de paz sin disposiciones de amnistía en algunas situaciones en que se había dicho que la amnistía era una condición necesaria de la paz. Un ejemplo digno de destacar es el enjuiciamiento en mayo de 1999 del entonces Presidente de Yugoslavia, Slobodan Milošević por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en momentos en que él participaba en negociaciones encaminadas a poner fin al conflicto de Kosovo. Muchos temieron que la acusación prolongaría el conflicto, pero el Sr. Milošević accedió a retirar las fuerzas serbias de Kosovo prontamente después de su acusación. Recordando ese episodio un diplomático llegó a la siguiente conclusión: "Este y otros casos hacen que pese una gran cantidad de dudas sobre la observación de que la paz y la justicia a veces se contraponen"⁷.

La posición de las Naciones Unidas de que los acuerdos de paz que aprueba nunca puedan promover amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos⁸ tiene el efecto de salvaguardar un espacio para la justicia⁹. Si no se establecen plenamente las condiciones del enjuiciamiento durante un conflicto armado o inmediatamente después, la política de la Organización procura que se deje la puerta abierta a la justicia¹⁰.

⁶ Véase Human Rights Watch, "Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders - A Human Rights Watch memorandum", N° 1 (mayo de 2007), pág. 4.

⁷ Darryl Robinson, "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, vol. 14, N° 3 (2003), pág. 481.

⁸ S/2004/616, párr. 10.

⁹ Natalie Nougayrède, "La justice a ses raisons que la raison politique ne connaît pas", *Le Monde*, 8 de febrero de 2007, citando a Louise Arbour, en ese entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹⁰ Esto no equivale a decir que los Estados deban proseguir las investigaciones y los juicios penales sin consideración del costo del retraso. Los órganos de tratados de derechos humanos han destacado reiteradamente "la norma general" de que "una investigación penal debe realizarse prontamente para proteger los intereses de las víctimas, preservar la prueba e incluso salvaguardar los derechos de toda persona que, en el contexto de la investigación sea considerada sospechosa", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mariela Morales Caro y otros* (masacre de La Rochela) (Colombia), Admisibilidad, informe N° 42/02, 9 de octubre de 2002, párr. 33. Sin embargo, en circunstancias extraordinarias pueden retrasarse los juicios, aunque no terminarse, en aras de restaurar la paz internacional. Véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 16 (por el que se autoriza al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus facultades para mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales, a suspender hasta por 12 meses la investigación o el enjuiciamiento iniciado por la Corte Penal Internacional).

I. DEFINICIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS AMNISTÍAS

¿Qué es una amnistía?

A menos que se indique otra cosa, en el presente instrumento se designan con la palabra amnistía las medidas jurídicas que tienen como efecto:

- a) La posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía; o
- b) La anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada¹¹.

Las amnistías no impiden que se haga efectiva la responsabilidad jurídica respecto de una conducta que todavía no ha tenido lugar, que constituiría una invitación a violar la ley.

Distinción del indulto. La amnistía tal como se ha definido es distinta de un *indulto*, que se utiliza en el presente instrumento para indicar un acto oficial que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación de la pena en todo o en parte, sin borrar la condena en que se basa¹². En la práctica los Estados han utilizado muy diversas expresiones -incluidos el indulto y la clemencia- para indicar leyes que corresponden a la definición de *amnistía* utilizada en el presente instrumento¹³. Si bien los indultos tal como se definen en el presente instrumento pueden violar en algunos casos el derecho internacional¹⁴, su estudio no se incluye en el ámbito del presente instrumento.

Distinción de las inmunidades oficiales. Las amnistías son distintas además de las diversas formas de inmunidad oficial en derecho internacional, como las de los jefes de Estado y las inmunidades diplomáticas. En la medida y durante el período en que sean aplicables, esas inmunidades protegen a los funcionarios del ejercicio de la jurisdicción de un Estado extranjero pero no deben inmunizarlos

¹¹ La palabra *amnistía* deriva de la palabra griega *amnestia*, que es también la raíz de *amnesia*. La raíz griega connota el olvido más bien que el perdón de un crimen que ya ha sido objeto de una condena penal. Véase Diane F. Orentlicher, "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, N° 8 (1991), pág. 2537.

¹² Véase Informe del Sr. Louis Joinet, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos, que observa que un indulto constituye un mecanismo discrecional para evadir la acción judicial (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 5). El criterio que se ha seguido aquí no es uniforme en la literatura. Por ejemplo, un autor distingue las amnistías de los indultos sobre la base de que "la amnistía promueve la paz o la reconciliación", en tanto que un indulto "constituye un mecanismo discrecional para evadir la acción judicial", Andreas O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (La Haya, Kluwer International, 2004), pág. 2. En una opinión separada un miembro de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona describió las amnistías como una forma de "indulto masivo", *Fiscal c. Kondewa*, caso N° SCSL-2004-14-AR72(E), decisión sobre la falta de jurisdicción/abuso del proceso: amnistía otorgada por el Acuerdo de Lomé (25 de mayo de 2004), opinión separada del magistrado Robertson, párr. 15.

¹³ Véase, por ejemplo, Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*, comunicación N° 245/2002, párr. 196 ("Se puede ser indultado incluso antes de ser acusado o condenado oficialmente").

¹⁴ Algunos tratados de derechos humanos requieren que los Estados partes velen por el castigo de ciertos delitos con penas que reflejen la gravedad de los crímenes. Véase, por ejemplo el artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

de la responsabilidad por atrocidades en materia de derechos humanos. Como ha destacado la Corte Internacional de Justicia en el contexto de la inmunidad oficial de un ministro de relaciones exteriores:

"la *inmunidad* de jurisdicción de que disfrutaban los titulares de ministerios de relaciones exteriores no significa que gocen de *impunidad* respecto de cualquier delito que puedan haber cometido, independientemente de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos bastante separados. [...] La inmunidad jurisdiccional bien puede impedir el enjuiciamiento durante un cierto período respecto de ciertos delitos; no puede exonerar a la persona a la que se aplica de toda responsabilidad penal"¹⁵.

Al igual que los indultos, las inmunidades oficiales no corresponden al ámbito del presente instrumento.

Otros elementos de impunidad. No corresponden tampoco al ámbito del presente instrumento otras formas de impunidad que no corresponden a la definición de amnistía que se utiliza en este documento pero que bien pueden producir efectos semejantes¹⁶. Entre ellos se incluyen la inacción de los Estados que no tipifican en su legislación los crímenes que, con arreglo al derecho internacional, se deben castigar; la de los Estados que no inician juicios penales contra los responsables de violaciones de derechos humanos incluso cuando sus propias leyes no constituyen una barrera para el castigo; la de los Estados que no suministran a los fiscales los recursos que necesitan para velar por un enjuiciamiento efectivo, y la intimidación de testigos cuyo testimonio resulta necesario para garantizar que se haga justicia cabalmente.

Características de las amnistías

La exención del enjuiciamiento penal y, posiblemente, de la acción civil lograda mediante la amnistía se suele limitar a la conducta durante un período determinado de tiempo y/o que implica un hecho o circunstancia específica, como un conflicto armado determinado. Por ejemplo, el Acuerdo Político de Ouagadougou de marzo de 2007 entre los representantes del Presidente de **Côte d'Ivoire** y de las Fuerzas Nuevas incluye una disposición relativa a la decisión de las partes de aprobar:

"una nueva ley de amnistía que abarque los crímenes y delitos relacionados con la seguridad nacional y derivados del conflicto que afectó a Côte d'Ivoire y que se cometieron entre el 17 de septiembre de 2000 y la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo"

¹⁵ Orden de detención de 11 de abril de 2000 (*la República Democrática del Congo c. Bélgica*), fallo de 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports 2002*, párr. 60.

¹⁶ El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad dispone que:

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces en la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones (E/CN.4/2005/102/Add.1, principio 1).

con la excepción de varios crímenes¹⁷. Con algunas excepciones, una amnistía **chilena** aprobada en 1978 era aplicable a:

"todas las personas que hubieren cometido hechos delictuosos en el lapso comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 a condición de que no se hallen actualmente sujetos a actuaciones jurídicas o ya hayan sido condenados"¹⁸.

Las amnistías por regla general especifican una categoría o categorías de beneficiarios, como los miembros de las fuerzas rebeldes, los agentes estatales o los exiliados políticos. Las amnistías suelen especificar con mayor frecuencia y cada vez más crímenes determinados o circunstancias determinadas en las cuales se obstaculizan el enjuiciamiento penal y/o las acciones civiles. Por ejemplo se consideró que un decreto de clemencia de **Zimbabwe** violaba la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos al eximir de su alcance "el homicidio, el robo, la violación, las lesiones indecentes, el estupro, el hurto, la posesión de armas y toda otra infracción que implique fraude o deshonestidad"¹⁹.

En un estudio de las leyes de amnistía aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial se llega a la conclusión de que hay un número cada vez mayor de amnistías que excluyen todos o algunos crímenes de derecho internacional. En la práctica, las amnistías han asumido diferentes formas jurídicas. Los dos métodos más comunes de aprobación desde la Segunda Guerra Mundial fueron: a) los decretos o proclamações del poder ejecutivo y b) la promulgación parlamentaria como ley²⁰.

Se han concedido amnistías también como consecuencia de un acuerdo de paz o de otro tipo de acuerdo negociado, como un acuerdo entre el gobierno y los grupos de oposición o las fuerzas rebeldes. Sin embargo con frecuencia se han aplicado disposiciones de este tipo mediante legislación nacional o por orden ejecutiva. Por ejemplo, el Acuerdo de Paz de Lomé de 7 de julio de 1999 entre el Gobierno de **Sierra Leone** y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona incluía una disposición en cuya virtud el Gobierno se comprometía a otorgar indulto absoluto y libre y a exonerar a todos los combatientes y colaboradores respecto de todo lo que hubieran hecho en la búsqueda de sus objetivos y a velar por que no se adoptara medida oficial o judicial alguna en contra de miembro alguno de determinadas fuerzas (art. IX). Una semana después de firmarse el Acuerdo, el Parlamento de Sierra Leona promulgó una ley en que lo ratificaba.

En ocasiones las amnistías son condicionales. Por ejemplo, una amnistía encaminada a inducir a las fuerzas rebeldes a desistir de su rebelión puede disponer que se pierdan los beneficios otorgados cuando un beneficiario tome nuevamente las armas²¹.

¹⁷ SS/2007/144, anexo, párr. 6.3.

¹⁸ Decreto-ley N° 2191, art. 1 (18 de abril de 1978).

¹⁹ Véase *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*, párr. 52.

²⁰ Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (Oxford, Hart Publishing, 2008), pág. 30.

²¹ Esas amnistías pueden no corresponder estrictamente a la definición general de *amnistía* utilizada en el presente instrumento, por cuanto efectivamente suspenden en lugar de extinguir la responsabilidad penal. Véase *Prosecutor c. Kondewa*, opinión separada del magistrado Robertson, párr. 15.

Amnistías generales

Aunque son frecuentes, rara vez se define la oración "amnistía general" y no parece que se utilice de manera uniforme. Sin embargo, se puede deducir una definición funcional de la forma en que se ha utilizado: las amnistías generales exoneran a amplias categorías de infractores graves de derechos humanos de enjuiciamiento y/o de responsabilidad civil sin que los beneficiarios tengan que reunir condiciones previas, incluidas las encaminadas a velar por la plena revelación de lo que sepan acerca de crímenes abarcados por la amnistía, en forma individual²².

Amnistías de facto

Además de las amnistías *de jure*, algunas leyes, decretos y reglamentos de los Estados constituyen amnistías *de facto*: si bien no excluyen expresamente el enjuiciamiento penal o los recursos civiles, un decreto o una reglamentación puede tener el mismo efecto de una ley expresa de amnistía²³. Dos leyes dictadas en la **Argentina** tuvieron ese efecto:

- La Ley de punto final de diciembre de 1986, que se anuló posteriormente, fijaba un plazo de 60 días para iniciar nuevas acciones penales relativas a la "guerra sucia" en la Argentina.
- La Ley de obediencia debida de junio de 1987 llegó a constituir algo muy parecido a una amnistía *de jure*: estableció una presunción de que los oficiales militares que no fueran comandantes cometerían abusos de derechos humanos bajo coerción, lo que los hacía inmunes al enjuiciamiento por ese motivo. También fue anulada posteriormente.

²² El Comité de Amnistía de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica afirmó que el proceso de amnistía del país era singular en cuanto no disponía una amnistía general sino una amnistía condicional, que requería que se revelaran públicamente las infracciones y los delitos relacionados con violaciones manifiestas de derechos humanos antes de otorgar la amnistía, Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, *Report of the Amnesty Committee*, vol. 6, secc.1, cap. 5, párr. 1. Véase también *Prosecutor c. Kondewa*, opinión separada del magistrado Robertson, párr. 32 (en que se explica que la Corte Constitucional de Sudáfrica había aprobado una amnistía que no era "general" por cuanto cada persona debía ser considerada en las circunstancias de los casos individuales por una Comisión de la Verdad y la Reconciliación". Algunos autores han definido las amnistías *generales* como amnistías que se aplican en forma amplia sin exigir una solicitud de parte del beneficiario, ni siquiera una investigación inicial acerca de los hechos para determinar si se ajustan al ámbito de aplicación de la ley, Garth Meintjes y Juan E. Méndez, "Reconciling amnesties with universal jurisdiction", *International Law Forum*, vol. 2, N° 2 (2000), pág. 76. Con frecuencia se han condenado en forma especial las amnistías generales. Véase, por ejemplo, los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, anexo, Principio 19); *Fiscal c. Kondewa*, opinión separada del magistrado Robertson, párr. 47; Kristin Henrard, "The viability of national amnesties in view of the increasing recognition of individual criminal responsibility at international law", *Michigan State University—DCL Journal of International Law*, vol. 8 (otoño de 1999), pág. 595. No se desprende de ello, sin embargo, que otras amnistías sean permisibles en derecho internacional.

²³ Algunos autores utilizan la oración "amnistía *de facto*" para describir muy diversas prácticas de impunidad, incluida la falta de acción del Estado para investigar y enjuiciar crímenes incluso cuando su legislación parece permitir el enjuiciamiento. En este instrumento se utiliza la expresión para describir medidas jurídicas, como las leyes argentinas descritas en el texto, que efectivamente impiden el enjuiciamiento.

Si el efecto de una ley, reglamento o decreto es el de prevenir el enjuiciamiento de ciertos crímenes, dicha normativa será inválida si fuera impermisible una amnistía *de jure* respecto de los mismos delitos. De esta manera, en una de sus primeras decisiones relativas a la validez de las leyes de amnistía, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos falló que las Leyes de punto final y de obediencia debida aprobadas por la Argentina violaban la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴.

Un razonamiento similar es aplicable a las "amnistías encubiertas". Si bien éstas pueden asumir diversas formas, incluyen amnistías cuya aplicación se dispone en reglamentos que interpretan leyes que, a simple vista, pueden ser compatibles con el derecho internacional pero que, en la forma en que las interpretan los reglamentos de aplicación, son incompatibles con las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos.

Un ejemplo es la ordenanza que aplica la amnistía anteriormente citada del Acuerdo Político de Ouagadougou de 2007, de **Côte d'Ivoire**. Aunque el acuerdo de paz comprometía a las partes a excluir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad del ámbito de la amnistía²⁵ la ordenanza que lo aplica no excluye expresamente esos crímenes. Si bien la ordenanza excluye de las disposiciones de la amnistía varias infracciones de derecho interno que pueden parecer semejantes a crímenes de guerra, como los crímenes de "prisioneros de guerra", no queda claro que las infracciones del derecho interno excluidas por la ordenanza abarcan todas las infracciones que debían excluirse de conformidad con el acuerdo de paz.

²⁴ *Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina*.

²⁵ Esas exclusiones se ajustan a los requisitos jurídicos internacionales descritos en este instrumento. Debían haberse excluido también otros delitos, incluidas las violaciones manifiestas de derechos humanos que no constituyen necesariamente crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Véase el capítulo II.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO DE LAS AMNISTÍAS

De conformidad con diversas fuentes de derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, las amnistías son impermisibles si:

a) Impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género;

b) Interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación, o

c) Limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario.

Además, las amnistías que procuren restaurar los derechos humanos deben estar formuladas con miras a velar por no limitar los derechos restaurados ni perpetuar en algún sentido las violaciones iniciales.

A. Amnistías incompatibles con el derecho internacional

Diversos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario requieren expresamente que los Estados partes velen por el castigo de determinados delitos en procedimientos penales iniciados contra personas sospechosas de haber cometido esos delitos en sus propios tribunales o remitiendo los sospechosos a otra jurisdicción apropiada para su enjuiciamiento²⁶. En general se acepta que una amnistía que impida el enjuiciamiento de un delito que esté sujeto a este tipo de obligación violaría el tratado en cuestión²⁷. Como se observa a continuación, también se ha considerado que las amnistías son incompatibles con los tratados de derechos humanos que no se ocupan expresamente del enjuiciamiento pero que se ha interpretado de manera coherente que requieren que los Estados partes inicien procedimientos penales cuando haya violaciones graves. Las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos y del derecho humanitario pueden violar también el derecho internacional consuetudinario²⁸.

²⁶ Esta sección no se refiere a diversos tratados regionales de derechos humanos, que también pueden resultar pertinentes.

²⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal Especial para Sierra Leona, *Fiscal c. Morris Kallon*, caso N° SCSL-2004-15-AR72(E), y *Fiscal c. Brima Bazzy Kamara*, caso N° SCSL-2004-16-AR72(E), Sala de Apelaciones, decisión sobre objeción de la jurisdicción: amnistía del Acuerdo de Lomé (13 de marzo de 2004), párr. 73; Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003), pág. 314.

²⁸ Los tribunales internacionales han tenido pocas oportunidades de referirse a la cuestión de si una amnistía puede violar las obligaciones de los Estados derivados del derecho internacional consuetudinario. Una decisión de 1998 de una sala del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sugiere, sin embargo, que una amnistía relativa a la tortura (y, por implicancia, respecto de otras conductas cuya prohibición tenga en derecho internacional la condición de norma perentoria) sería "internacionalmente ilícita", *Fiscal c. Anto Furundžija*, caso N° IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 155. Véase también *Fiscal c. Morris Kallon y Fiscal c. Brima Bazzy Kamara*, párr. 82.

Con la excepción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, cada uno de los tratados de derechos humanos reseñados en la presente sección²⁹ requieren expresamente que las víctimas de determinadas violaciones tengan acceso a recursos³⁰. Una amnistía que interfiriera con los recursos civiles violaría las disposiciones de esos tratados. Además, las víctimas de genocidio y de otras violaciones de derechos humanos tienen derecho a un recurso efectivo, incluida la reparación, con arreglo al derecho internacional general³¹.

1. Genocidio

- **Una amnistía relativa al genocidio violaría la Convención sobre el Genocidio y el derecho internacional consuetudinario.**

El artículo I de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 confirma que el genocidio "es un delito de derecho internacional" que las partes se comprometen a prevenir y a "sancionar". El artículo VI dispone que las personas que cometen genocidio o diversos actos conexos "serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares". Por cuanto los principios en que se basa la Convención sobre el Genocidio forman parte del derecho internacional consuetudinario, una amnistía que impidiera el enjuiciamiento del genocidio violaría además las obligaciones de los Estados de conformidad con el derecho consuetudinario.

¿Qué es el genocidio?

Según el artículo II de la Convención sobre el Genocidio, por "genocidio" se entiende cualquiera de los actos mencionados a continuación, cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave de la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

²⁹ Entre ellos se incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

³⁰ No obstante, los Estados partes en la Convención sobre el Genocidio pueden recabar reparación por las violaciones del tratado. Véase Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro)*, sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 460.

³¹ Véanse los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (resolución 60/147 de la Asamblea General).

2. Crímenes de lesa humanidad

- **Una amnistía relativa a crímenes de lesa humanidad sería incompatible con las obligaciones de los Estados con arreglo a varios tratados y puede ser incompatible con las obligaciones de los Estados de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.**

Aunque se ocupan de los crímenes de lesa humanidad diversos tratados internacionales, incluidos los estatutos de todos los tribunales internacionales y penales híbridos establecidos desde el Tribunal de Nuremberg, incluido éste, no han sido todavía objeto de un tratado semejante a la Convención sobre el Genocidio³². Sin embargo, han sido reconocidos en el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" que "no deben quedar sin castigo" y que "hay que adoptar medidas [para] asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia".

Una amnistía que exonerara a los crímenes de lesa humanidad del castigo y/o de los recursos civiles sería también incompatible con las obligaciones que se imponen a los Estados partes en varios tratados generales de derechos humanos que no mencionan expresamente este crimen internacional, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero que se ha interpretado que exigen que se castiguen como crímenes de lesa humanidad³³.

¿Qué son crímenes de lesa humanidad?

Según el Estatuto de Roma constituye crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del 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... u otros motivos universalmente reconocidos

³² Aunque la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, dispone que no serán aplicables a los crímenes de lesa humanidad los plazos de prescripción (art. 1 b)).

³³ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 18; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid-Arellano y otros c. Chile*, fallo de 26 de septiembre de 2006, párr. 114

como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o 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.

3. Crímenes de guerra

- **Las amnistías que impidan el enjuiciamiento de crímenes de guerra, conocidos también como violaciones graves del derecho internacional humanitario, ya sea que se cometan durante conflictos armados internacionales o no internacionales, son incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977, que han sido ratificados ampliamente, y pueden violar también el derecho internacional consuetudinario.**

Los crímenes de guerra son violaciones graves de las leyes de la guerra, conocidas también como derecho internacional humanitario. Este es el conjunto de normas de derecho internacional que rigen la conducta durante los conflictos armados internacionales y no internacionales. Con arreglo a las leyes de la guerra se considera que algunas violaciones son tan graves que dan lugar a la responsabilidad penal individual, tanto en el plano interno como en el internacional. Los crímenes de guerra incluyen en forma característica las violaciones graves de las leyes de la guerra encaminadas a proteger a las personas que no participan o ya no participan en las hostilidades y de normas que limitan los medios y métodos de la guerra.

Infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I. Los cuatro Convenios de Ginebra que se ocupan de los conflictos armados internacionales determinan que ciertas violaciones son *infracciones graves* y requieren que las Altas Partes Contratantes tomen "todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado órdenes de cometer una cualquiera de las infracciones graves" definidas en el Convenio. Además, cada Alta Parte Contratante tiene "la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer esas infracciones graves, y deberá hacer comparecer a esa persona ante sus propios tribunales, independientemente de su nacionalidad. También, si lo prefieren, y de conformidad con las disposiciones de su propia legislación, podrán entregar a esas personas para que sean juzgadas por otra Alta Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ella cargos suficientes".

El artículo 85 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), hace aplicables a las infracciones graves previstas en el Protocolo las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 relativas a las infracciones graves e introduce varios actos adicionales que se consideran infracciones graves. **Una amnistía que impida el enjuiciamiento de infracciones graves sería claramente incompatible con las obligaciones de los Estados con arreglo a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I de buscar a las personas presuntamente responsables de las infracciones graves y de velar por su enjuiciamiento.**

¿Qué son infracciones graves?

"Infracciones graves" son crímenes de guerra que solo se pueden cometer en el contexto de conflictos armados internacionales. Se definen por separado respecto de cada uno de los Convenios de Ginebra y en el Protocolo I, e incluyen actos como el "homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos" o "causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud"³⁴ de las personas protegidas por el convenio correspondiente.

Otros crímenes de guerra cometidos en conflictos internacionales armados. Aunque los Convenios de Ginebra y el Protocolo I requieren expresamente que las Altas Partes Contratantes garanticen el enjuiciamiento de las infracciones graves, **otras violaciones graves de sus disposiciones constituyen también crímenes de guerra que se deben castigar.** En un importante estudio del derecho internacional humanitario consuetudinario, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) señala que hay jurisprudencia internacional en apoyo de la proposición de que los crímenes de guerra no deben ser objeto de amnistía³⁵.

¿Qué violaciones de las leyes de la guerra que rigen los conflictos internacionales armados que no sean infracciones graves constituyen crímenes de guerra?

Además de las infracciones graves, el Estatuto de Roma enumera 26 "otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos internacionales armados" que puede enjuiciar la Corte Penal Internacional (art. 8.2 b)). Entre ellos se incluyen violaciones como dirigir intencionalmente ataques contra la población civil que no participa directamente en las hostilidades o contra poblaciones civiles en cuanto tales, y dirigir intencionalmente ataques contra organizaciones humanitarias.

Crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados no internacionales. Aunque solo se pueden cometer infracciones graves durante los conflictos internacionales armados, las violaciones graves de las reglas del derecho humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales también constituyen crímenes de guerra. Las normas del derecho humanitario que rigen los conflictos armados no internacionales figuran en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y en relación con la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Algunos también se reconocen en derecho internacional consuetudinario como violaciones graves de las "leyes y usos de la guerra"³⁶.

Una amnistía que abarque las violaciones graves de las leyes de la guerra que rigen los conflictos armados no internacionales tendría dudosa validez. Como se observó anteriormente, según el CICR, hay jurisprudencia internacional que apoya la proposición de que los crímenes de guerra no deben ser objeto de amnistía, y que esto es aplicable *todos* los crímenes de guerra.

³⁴ Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 147.

³⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, editado por Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, 2007, pág. 693.

³⁶ Véase el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal c. Duško Tadić*, caso N° IT-94-1-AR72, decisión de 2 de octubre de 1995, párr. 134; *Fiscal c. Delalic y otros*, caso N° IT-96-21-A, falló de 20 de febrero de 2001, párrs. 163 a 173.

Este punto debe ser particularmente destacado, sobre todo tomando en cuenta la disposición del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II, que en ocasiones ha sido mal interpretado. El artículo 6.5 dispone:

A la cesación de las hostilidades [en el contexto de un conflicto armado no internacional], las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Con respecto a la historia de la redacción de esa disposición, el CICR ha afirmado que el artículo 6.5 tiene el propósito de alentar la amnistía como una especie de liberación al término de las hostilidades respecto de los detenidos o castigados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No pretende ser una amnistía para aquellos que han violado el derecho internacional³⁷.

Si bien quedan excluidos los crímenes de guerra, el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II alienta a los Estados a otorgar a los que antes eran rebeldes amnistía respecto de crímenes como la rebelión, la sedición y la traición. Los Estados pueden otorgar también amnistía a los rebeldes por actos legítimos de guerra, como matar a miembros de las fuerzas opositoras en circunstancias que no constituyen un crimen de guerra.

En su estudio de *El derecho internacional humanitario consuetudinario* el CICR llegó también a la conclusión de que la norma siguiente -esencialmente una reformulación del artículo 6.5- constituye ahora derecho consuetudinario:

Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, *salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello* (se ha agregado el énfasis).

¿Qué violaciones de las leyes de guerra que rigen los conflictos armados no internacionales constituyen crímenes de guerra?

Las violaciones graves del artículo 3 común que puede sancionar la Corte Penal Internacional incluyen, de conformidad con el artículo 8.2 c) del Estatuto de Roma, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

- i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
- ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

³⁷ Citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Parada Cea y otros c. El Salvador*, caso N° 10480, Informe N° 1/99, 27 de enero de 1999, párr. 116. Cuando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 un delegado soviético explicó que esa disposición no podía interpretarse de modo que permitiese a los criminales de guerra u otros culpables de crímenes de lesa humanidad eludir un castigo severo. El CICR comparte esa interpretación. Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, en *El derecho...*, pág. 689.

- iii) La toma de rehenes;
- iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

Además, de conformidad con el artículo 8.2 e), la Corte puede ejercer competencia respecto de los crímenes de guerra siguientes cuando se cometan en conflictos armados no internacionales:

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
- v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado..., esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
- vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
- viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
- ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;
- x) Declarar que no se dará cuartel;
- xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xii) Destruir o confiscar bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.

4. Tortura

- **Una amnistía relativa a tortura violaría las obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención contra la Tortura, que ha sido ampliamente ratificada, así como en virtud de otros tratados, y puede violar el derecho internacional consuetudinario.**

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, exige que los Estados partes velen "por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal" (art. 4.1). La misma obligación es aplicable a "toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura" (art. 4.1). Esos delitos deben ser castigados "con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad" (art. 4.2). Cuando un Estado parte encuentre en un territorio de su jurisdicción a la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de esos delitos, ese Estado debe proceder a la extradición del sospechoso o "someter el caso a sus autoridades competentes a efectos del enjuiciamiento" (art. 7.1).

La Convención contra la Tortura requiere además que los Estados partes velen por que en sus sistemas jurídicos se "garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización" (art. 14).

¿Qué es la tortura?

En el artículo 1 de la Convención contra la Tortura se define la tortura como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona u otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".

Cabe señalar que cuando la tortura se comete en un contexto que la convierte en un crimen de guerra, un acto de genocidio o un crimen de lesa humanidad, no es necesario determinar la participación de funcionarios públicos³⁸.

Las amnistías relativas a tortura, además de violar la Convención contra la Tortura y otros tratados de derechos humanos examinados a continuación, pueden violar también el derecho internacional consuetudinario³⁹. Una Sala del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha expresado la opinión de que una amnistía relativa a la tortura sería "internacionalmente ilícita"⁴⁰.

³⁸ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho...*, pág. 362 y ss.

³⁹ Con arreglo al derecho internacional consuetudinario la norma que prohíbe la tortura, los tratos crueles o inhumanos y los ultrajes a la dignidad humana, en particular los tratos humillantes y degradantes, es una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto a los conflictos internacionales armados como a los no armados, *ibid.*, pág. 359 y ss.

⁴⁰ *Fiscal c. Anto Furundžija*, párr. 155.

5. Desaparición forzada

- **Una amnistía relativa a desapariciones forzadas es incompatible con la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, así como con diversos tratados ya vigentes, y puede violar además el derecho internacional consuetudinario.**

La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, que todavía no ha entrado en vigor, incluye disposiciones detalladas respecto de la investigación penal y el enjuiciamiento del crimen de desaparición forzada. Por ejemplo, requiere que los Estados partes tomen "las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a) a toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma", así como a la persona que sea penalmente responsable de una desaparición forzada de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad superior (art. 6.1). Los Estados partes "considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad" (art. 7.1). Cuando una persona de la cual se suponga que ha cometido un delito de desaparición forzada sea hallada en el territorio de la jurisdicción de un Estado parte, ese Estado, "si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal" (art. 11.1).

En cuanto a los recursos civiles, la Convención requiere que todo Estado parte vele "por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada" (art. 24.4)⁴¹.

Las desapariciones forzadas violan además tratados generales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus contrapartes regionales, aunque en esos tratados no se utilice la expresión "desaparición forzada"⁴². Los órganos encargados de la supervisión de esos tratados han considerado que la práctica de la desaparición forzada hace surgir la obligación de los Estados partes de iniciar procedimientos penales, asumir la reparación y velar por que se descubra y revele el destino de las víctimas directas de desapariciones forzadas⁴³.

⁴¹ La Convención define a la víctima como "la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada" (art. 24.1). El derecho a obtener reparación anteriormente indicado "comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como: a) la restitución; b) la readaptación; c) la satisfacción...; d) las garantías de no repetición" (art. 24.5).

⁴² Asimismo, aunque los tratados de derecho internacional humanitario no se refieren a la expresión "desaparición forzada" como tal, la desaparición forzada viola o amenaza violar diversas normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario. Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho...*, pág. 388 y ss.

⁴³ Véase, por ejemplo, *Almeida de Quinteros c. el Uruguay*, comunicación N° 107/1981, en *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.89.XIV.1); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Court v. Turkey*, N° 24276/94, fallo de 25 de mayo de 1998; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez*, fallo de 29 de julio de 1988, serie C, N° 4, párr. 172.

¿Qué son desapariciones forzadas?

El artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas define la "desaparición forzada" como "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley".

Cabe señalar que muchos Estados no tipifican en su código penal un crimen de "desaparición forzada" como tal. En esos Estados se puede enjuiciar la desaparición forzada como detención ilícita o arresto y detención arbitrarios. De esta manera es importante, al considerar el alcance de un proyecto de amnistía, asegurarse de que el proyecto de ley no impida que los Estados castiguen la desaparición forzada incluyendo entre los delitos considerados en el proyecto de amnistía delitos que parecen ser delitos ordinarios pero que, de hecho, con arreglo al derecho interno pertinente, sirven de base principal para enjuiciar el delito de desaparición forzada.

6. Otras violaciones de los derechos humanos

- **Con arreglo a varios tratados de derechos humanos y principios y directrices de las Naciones Unidas que reflejan "las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales"⁴⁴, los Estados no podrán amnistiar las violaciones graves de los derechos humanos, que incluyen la tortura y la desaparición forzada, aunque no se limitan a ellas. Las amnistías por violaciones graves de derechos humanos pueden violar además las obligaciones de los Estados con arreglo al derecho internacional consuetudinario.**
- **De conformidad con diversos tratados de derechos humanos, las víctimas de cualquier violación de los derechos protegidos en los tratados tienen derecho a un recurso y a la reparación.**

Los órganos encargados de supervisar los tratados generales de derechos humanos, tanto internacionales como regionales, han decidido que éstos exigen a los Estados partes que hagan una investigación efectiva y, si los resultados de una investigación lo justifican, velen por el enjuiciamiento de violaciones graves, como la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la esclavitud y la desaparición forzada, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer, como la violación⁴⁵ y la violencia de género. Esos órganos encargados de la supervisión de los tratados han llegado a la conclusión de que las amnistías que impiden las investigaciones y los juicios penales violan esos tratados.

⁴⁴ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (preámbulo).

⁴⁵ La jurisprudencia de los órganos de tratados que se examinan en esta subsección indica que las amnistías que impiden las investigaciones y, cuando se justifican, los juicios penales violan además el derecho a un recurso efectivo. De esta manera, se ha interpretado que el derecho a un recurso efectivo requiere tanto un recurso civil efectivo como juicios penales efectivos.

¿Qué son violaciones graves de derechos humanos?

Como se indicó anteriormente, se ha reconocido en general que entre las violaciones graves de derechos humanos se incluyen las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud y la desaparición forzada, incluidos casos de esos delitos que afectan concretamente a la mujer y la violencia de género. Aunque la expresión "violaciones graves de derechos humanos" se utiliza ampliamente en la normativa de derechos humanos, no se ha definido oficialmente. No obstante, "generalmente se supone que el genocidio, la esclavitud y el tráfico de esclavos, el asesinato, las desapariciones forzadas, la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la detención arbitraria prolongada, la deportación o el traslado forzoso de poblaciones y la discriminación racial sistemática quedan comprendidos en esta categoría. La privación deliberada y sistemática de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial o de alojamiento y vivienda básicos pueden suponer también violaciones manifiestas de los derechos humanos"⁴⁶.

Todos los tratados generales de derechos humanos que se mencionan a continuación disponen expresamente que las víctimas deben tener acceso a un recurso efectivo. Una amnistía que obstaculiza o impide el acceso de las víctimas a recursos civiles efectivos violaría esa obligación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requiere que los Estados partes garanticen a las víctimas de violaciones del Pacto "un recurso efectivo" (art. 2.3 a))⁴⁷. Una amnistía que impidiera que las víctimas procuraran un recurso civil violaría claramente el Pacto. En 2004 el Comité de Derechos Humanos reafirmó la obligación de los Estados partes de garantizar que las personas tuvieran recursos accesibles y efectivos para reclamar sus derechos y de reparar a las personas cuyos derechos amparados en el Pacto se hubieran violado. En su opinión, el Pacto en general implica una indemnización apropiada⁴⁸.

Además, si bien el Comité de Derechos Humanos⁴⁹ ha sostenido reiteradamente que el Pacto no dispone que las personas tienen derecho a exigir que el Estado enjuicie penalmente a otra persona, ha interpretado el Pacto en el sentido de que requiere que los Estados partes adopten medidas efectivas para investigar las violaciones de derechos humanos reconocidas como criminales (véase *infra*) y llevar ante la justicia a los responsables de esas violaciones, así como otorgar un recurso efectivo a las víctimas.

⁴⁶ *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.08.XIV.3), llamada 5.

⁴⁷ Se garantiza este derecho "aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

⁴⁸ Observación general N° 31, párrs. 15 y 16. Además, "en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos".

⁴⁹ *Arhuacos c. Colombia*, dictamen sobre la comunicación N° 612/1995, 29 de julio de 1997 (A/52/49 (vol.II), anexo VI, sec. Q, párrs. 8.2 y 8.8) y *Bautista de Arellana c. Colombia*, dictamen sobre la comunicación N° 563/1993, 27 de octubre de 1995 (A/51/40, (vol. II), anexo VIII, sec. S, párrs. 8.2 y 8.6).

Cuando hay violaciones particularmente graves de los derechos humanos, los recursos disciplinarios y administrativos no reúnen de manera satisfactoria los requisitos para considerar que se han cumplido las obligaciones de los Estados partes de proporcionar recursos apropiados y efectivos. En lugar de ello, el Comité de Derechos Humanos ha dejado en claro que el Estado parte tiene la obligación de investigar cabalmente las supuestas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas y las violaciones del derecho a la vida, y de enjuiciar penalmente y castigar a los que se considere responsables de esas violaciones. En su Observación general N° 31 el Comité de Derechos Humanos ha dejado en claro que existe la obligación de que los Estados partes lleven a los infractores ante la justicia respecto de otras violaciones graves también:

Cuando las investigaciones [que deben hacer los Estados partes] revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede cuando no se inicia una investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podría por sí constituir una violación separada del Pacto. **Esas obligaciones surgen en particular con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes..., la ejecución sumaria y arbitraria... y la desaparición forzosa** (párr. 18, se ha agregado el énfasis).

En consecuencia, los Estados partes en el Pacto "no pueden eximir" a los funcionarios públicos o agentes estatales que hayan cometido violaciones que se reconozcan como crímenes, incluidas las violaciones cometidas en circunstancias que hacen que se trate de "crímenes de lesa humanidad", "de su responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías... y las inmunidades anteriores..." (párr. 18).

Los dos órganos encargados de supervisar la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** -la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- han interpretado la Convención en el sentido de requerir que los Estados partes inicien procedimientos penales respecto de actos que violan los derechos fundamentales⁵⁰. Tanto la Corte como la Comisión han llegado a la conclusión de que son necesarios juicios penales cuando se trate de violaciones especialmente graves, como las ejecuciones extrajudiciales⁵¹. Ambos órganos han determinado que las amnistías que impiden el enjuiciamiento de violaciones graves de la Convención Americana violan ese tratado⁵². En un asunto en que se determinó que la promulgación y la aplicación de dos leyes de amnistía en el **Perú** violaban la Convención Americana, la Corte observó que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las dis-

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras* es un caso importante a este respecto (párr. 172).

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (OEA/Ser.L/V/II.102 doc. 9 rev. 1, cap. V, párr. 3).

⁵² En 1992 la Comisión dictó dos decisiones en que llegaba a la conclusión concreta de que las amnistías, en la **Argentina** y en el **Uruguay**, eran incompatibles con la Convención Americana. Véase *Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina, Santos Mendoza y otros c. el Uruguay*, casos Nos. 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375, informe N° 29/92, 2 de octubre de 1992. Véase también *Garay Hermosilla y otros c. Chile*, caso N° 10843, informe N° 36/96, 15 de octubre de 1996; *Irma Reyes y otros c. Chile*, caso N° 11228 y otros, informe N° 34/96, 15 de octubre de 1996; *Catalán Lincoleo c. Chile*, caso N° 11771, informe N° 61/01, 16 de abril de 2001; caso *Masacre Las Hojas c. El Salvador*, caso N° 10287, informe N° 26/92, 24 de septiembre de 1992; *Ignacio Ellacuría y otros c. El Salvador*, caso N° 10488, informe N° 136/99, 22 de diciembre de 1999.

posiciones 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"⁵³.

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, como otros tratados generales de derechos humanos, reconoce el derecho de las víctimas a un recurso por las violaciones de los derechos fundamentales (art. 7.1 a)). Aunque las interpretaciones de las obligaciones de castigo por los órganos de supervisión que figuran en la Carta Africana⁵⁴ no están tan desarrolladas como las interpretaciones de otros tratados generales de derechos humanos, las decisiones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos indican que la investigación y el enjuiciamiento penal, además de la compensación por las violaciones, desempeñan una parte necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones por los Estados partes⁵⁵.

En su examen más acabado de la permisibilidad de las amnistías, la Comisión decidió que una Orden de Clemencia adoptada en **Zimbabwe** violaba la Carta Africana. La Orden de Clemencia en cuestión indultaba a toda persona que pudiera ser enjuiciada penalmente por cualquier delito político cometido entre enero y julio de 2000, un período de violencia en torno al referéndum constitucional de febrero de 2000 y las elecciones parlamentarias de junio de 2000. La Orden otorgaba además una remisión de todo o el resto de la pena de prisión a toda persona condenada por cualquier delito político cometido durante ese período. Sin embargo, hacía una excepción respecto de los delitos de homicidio, robo, violación, atentado contra el pudor, estupro, hurto, posesión de armas y toda infracción que implicara fraude o deshonestidad.

⁵³ *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. el Perú)*. Fallo de 14 de marzo de 2001, serie C, N° 75, párr. 41. La Corte decidió que, por cuanto las leyes de amnistía del Perú eran incompatibles con la Convención Americana, no surtían efecto jurídico (párr. 51 4)). La Corte dejó posteriormente en claro que "los efectos" de esa sentencia son "generales", lo que quiere decir que toda aplicación de las amnistías en cuestión en ese caso violaría la Convención Americana, caso *Barrios Altos c. el Perú*, interpretación de la sentencia de fondo, sentencia de 3 de septiembre de 2001, serie C, N° 83, párr. 18. La Corte razonó de la manera siguiente: "La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado". Tras la decisión de la Corte, la Comisión Interamericana observó que el Perú había optado por no aplicar la Ley de amnistía en casos concretos. Aunque se considera que es un paso positivo hacia el cumplimiento de la decisión de la Corte en el caso *Barrios Altos*, la Comisión insistió en que era necesario derogar en general las leyes de amnistía en lugar de dejarlo entregado a la discreción de los órganos judiciales en casos concretos. Informe anual 2001 (OEA/Ser.L/V/II.114 doc. 5 rev., cap. V (Perú), párr. 25).

⁵⁴ La Carta Africana dispone la creación de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, cuya jurisprudencia se examina en esta sección. Un Protocolo de la Carta Africana aprobado en 1998, que entró en vigor el 25 de enero de 2004, contiene una disposición relativa a una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Social and Economic Rights Action Center et al. v. Nigeria*, comunicación N° 155/96; *Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples v. Burkina Faso*, comunicación N° 204/97.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha dictado ningún fallo respecto de una amnistía que viole **el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**. Pero una amnistía que impidiera que las víctimas ejercieran su derecho a un recurso efectivo por las violaciones del Convenio con toda seguridad violaría el artículo 13 (interpretado conjuntamente con otro artículo sustantivo), que dispone: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

El Tribunal Europeo ha fallado reiteradamente que, cuando se hayan cometido ciertas violaciones del Convenio Europeo, los Estados partes deben hacer una investigación minuciosa y efectiva susceptible de llevar a la identificación y el castigo de los responsables⁵⁶. En particular, el Tribunal ha destacado la necesidad de hacer una investigación de ese tipo en los casos que impliquen malos tratos graves, incluidas la violación y otras formas de tortura, un riesgo sustancial de desaparición forzada y las violaciones del derecho a la vida⁵⁷.

B. Otras consideraciones al evaluar las amnistías

- **Cuando los Estados aprueban amnistías que excluyen los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de derechos humanos, deben velar por asegurarse de que las amnistías no limiten ni corran el peligro de amenazar el goce de los derechos humanos, incluidos los que ostensiblemente se han restaurado.**

Las amnistías que excluyen las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario pueden, en circunstancias apropiadas, dejar sin efecto las consecuencias jurídicas de anteriores violaciones de derechos humanos⁵⁸. Entre los ejemplos se incluyen amnistías que purgan la condena de personas anteriormente condenadas por sus actos de disentimiento político no violento y/o elimina la amenaza de enjuiciamiento por conducta anterior de este tipo para alentar a los exiliados políticos a que regresen a su país⁵⁹.

Si bien ese tipo de amnistía intenta eliminar las consecuencias de una violación de los derechos humanos -cometida característicamente por un gobierno anterior- corre el riesgo de perpetuar algunos aspectos de la violación inicial a menos que se redacte en forma apropiada. Como observó el Relator Especial Louis Joinet, "amnistiar a un preso por delito de opinión equivale implícitamente a reconocer carácter delictivo a sus actos"⁶⁰.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Musayeva et al. v. Rusia*, N° 74239/01, fallo de 26 de julio de 2007, párrs. 85, 86 y 116.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Aydın v. Turkey*, N° 23178/94, fallo de 25 de septiembre de 1997, párr. 103; *Assenov et al. v. Bulgaria*, N° 24760/94, fallo de 28 de octubre de 1998, párr. 102; *Kurt v. Turkey*, párr. 140; *Yasa v. Turkey*, N° 22495/93, fallo de 2 de septiembre de 1998, párr. 114; *Mahmut Kaya v. Turkey*, N° 22535/93, fallo de 28 de marzo de 2000, párr. 124; *Timurtaş v. Turkey*, N° 23531/94, fallo de 13 de junio de 2000, párr. 87.

⁵⁸ El hecho de que las amnistías redactadas en forma apropiada pueden hacer adelantar los derechos humanos se refleja en un estudio seminal del Relator Especial Louis Joinet (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1), hecho con miras a estudiar el papel posible de las leyes de amnistía "en la salvaguardia y en la promoción de los derechos humanos".

⁵⁹ Las amnistías pueden facilitar los programas de repatriación voluntaria de personas que ya no pueden beneficiarse de la condición de refugiados (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 17).

⁶⁰ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 54.

En reconocimiento de esta amenaza, el Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁶¹ dispone lo siguiente:

Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuicadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo... una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ella toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos (Principio 24 c)).

- El Gobierno de Albania promulgó en 1993 una amnistía que parece ser un ejemplo consecuente con este principio. La ley **albanesa** disponía que: "se considera inocentes a todos los que han sido condenados por delitos políticos"⁶².

Si bien debe protegerse plenamente el derecho a la expresión política no violenta, los Estados deben tratar de no otorgar impunidad a quienes violan los derechos humanos señalando inapropiadamente sus violaciones como "delitos políticos" susceptibles de amnistía⁶³.

El Principio 24 d) del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad dispone mayor protección en situaciones en que los posibles beneficiarios de una amnistía, condenados anteriormente por delitos distintos de los que implican el ejercicio pacífico de su derecho a la libertad de opinión y expresión, puedan haber sido condenados en circunstancias que violaban sus derechos:

Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías... o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura.

⁶¹ E/CN.4/2005/102/Add.1.

⁶² Ley N° 7660, citada en Mallinder, op. cit., pág. 65. En su estudio de 1985 el Sr. Joinet observó: "Se considera que estas personas son las que deben beneficiarse prioritariamente de la amnistía" (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 52). Consideraciones semejantes hicieron que la Alta Comisionada para los Derechos Humanos encomiara el indulto de los dirigentes y activistas políticos de Etiopía. En sus palabras, los indultos son significativos porque constituyen la ampliación del espacio democrático en Etiopía y de las posibilidades de reconciliación nacional. Comunicado de prensa del ACNUR, "Alta Comisionada para los Derechos Humanos acoge con beneplácito la liberación de presos en Etiopía" (24 de julio de 2007).

⁶³ De esta manera la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en **Colombia** criticó una legislación relativa a la amnistía que en ese momento se hallaba pendiente porque definía como delito político "una forma de conducta claramente situada en la esfera de la delincuencia común". Carta dirigida a los legisladores de las primeras comisiones del Senado y la Cámara de Representantes: observaciones sobre el proyecto de ley "Justicia y Paz", 30 de marzo de 2005, DRP/175/05, citada en Amnistía Internacional, "Colombia: los paramilitares en Medellín: ¿desmovilización o legalización?" (AMR 23/019/2005).

Algunas amnistías incluyen disposiciones que restablecen diversos derechos que se habían denegado a las personas incluidas en la categoría de beneficiarios de la amnistía.

- Por ejemplo, en una Ley de amnistía **peruana** de 1980 se dispuso, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que: "se devolverán a las personas cubiertas por la amnistía los derechos y los bienes de los que hayan sido despojados en virtud de los actos o delitos a cuyo respecto se otorgó la amnistía"⁶⁴.

Una tendencia sorprendente después de la segunda guerra mundial ha sido la cantidad relativamente grande de amnistías acompañadas de medidas de reparación. Según un estudio, 90 leyes de amnistía han ido acompañadas de ese tipo de medidas desde 1990⁶⁵.

Otro tipo de amnistía que procura restablecer los derechos humanos -y en este sentido es reparativa- alienta a los exiliados políticos a regresar a su país eliminando la amenaza del enjuiciamiento. Esas amnistías deben redactarse también con miras a no limitar los derechos que se procura restablecer. En 1985 el Relator Especial Louis Joinet escribió que las amnistías aprobadas con miras a alentar a los exiliados políticos a regresar a su país "no deberían supeditarse a la condición previa de un retorno efectivo", por cuanto diversas limitaciones personales pueden reducir la capacidad de los beneficiarios para ejercer el derecho garantizado internacionalmente de regresar libremente y entrar y salir libremente de su país. Cuando la seguridad de los posibles beneficiarios de una amnistía está en duda, la amnistía debe incluir o ir acompañada de garantías suficientes de seguridad⁶⁶.

Como ha señalado el Secretario General de las Naciones Unidas, "una amnistía cuidadosamente formulada puede apoyar el regreso y la reinserción de ambos grupos, por lo cual puede ser recomendable, si bien, como se señaló anteriormente, no debe permitirse en ninguna circunstancia que sirva de excusa para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves de los derechos humanos"⁶⁷. Al contribuir a la desmovilización y desbande de grupos paramilitares, las amnistías coherentes con estos principios pueden ayudar a impedir mayor violencia⁶⁸.

En algunas circunstancias las amnistías respecto de delitos comunes -es decir, delitos legítimamente castigados y enjuiciados de conformidad con normas internacionales de proceso justo- pueden hacer avanzar los objetivos humanitarios, por ejemplo, al permitir que presos enfermos incurables regresen a su hogar o al reducir las condiciones difíciles de las cárceles con sobrepoblación⁶⁹.

⁶⁴ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980, OEA/Ser.L/V/II.50, doc. 13 rev.1, cap. IV, sec. I (2 de octubre de 1980).

⁶⁵ Mallinder, op. cit., pág. 173.

⁶⁶ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párrs. 81.2 y 46.

⁶⁷ S/2004/616, párr. 32.

⁶⁸ Véase E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 37.

⁶⁹ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párrs. 24 a 26.

C. Principios y normas de las Naciones Unidas relativas a las amnistías

- **Los funcionarios de las Naciones Unidas, incluidos los encargados de negociaciones de paz y el personal de las oficinas sobre el terreno, no deben estimular ni condonar jamás las amnistías que impidan el enjuiciamiento de los responsables de crímenes graves de derecho internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, o de violaciones graves de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud y las desapariciones forzadas, incluidos casos de esos delitos que afecten concretamente a la mujer y de violencia de género, o que menoscaben el derecho de las víctimas a un recurso, incluida la reparación, o el derecho de las víctimas o las sociedades a la verdad.**

Los órganos, funcionarios y expertos de las Naciones Unidas han condenado las amnistías relativas a crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud y la desaparición forzada, incluidos casos específicos de esas violaciones en cuanto al género. La política de las Naciones Unidas respecto de las amnistías es un corolario de los principios, que se han reiterado dentro del sistema de las Naciones Unidas, de que los Estados deben a) velar por que se lleve ante la justicia a los responsables de violaciones graves de derechos humanos y del derecho humanitario⁷⁰ y b) garantizar a las víctimas un derecho efectivo a un recurso, incluida la reparación⁷¹.

Dos conjuntos de principios de las Naciones Unidas contienen diversas normas y principios en esta esfera, así como la evolución reciente del derecho internacional y la práctica que se resumen en la subsección que sigue. En primer lugar, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General en 2005⁷², que reflejan las obligaciones existentes en virtud de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, disponen:

⁷⁰ Por ejemplo, los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de lesa humanidad disponen que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad "serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas" (resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General). Los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias disponen: "En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias" (resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, anexo, Principio 19). La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas dispone que "los autores o presuntos autores de actos previstos [actos de desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal" (resolución 47/133 de la Asamblea General, art. 18), en tanto que la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 1993, dispone que los Estados procedan "con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares" (resolución 48/104 de la Asamblea General, art. 4 c). La Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos en 1993, afirma que los gobiernos "deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley" (A/CONF.157/24 (parte I), cap. III, párr. 60).

⁷¹ Por ejemplo, la Declaración Universal proclama: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley" (art. 8). En el preámbulo de los Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones (véase *infra*) se citan otros principios pertinentes de las Naciones Unidas.

⁷² Resolución 60/147 de la Asamblea General, anexo.

En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional [es decir, los "crímenes de guerra"], los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se les declara culpables, la obligación de castigarlas (párr. 4).

El Principio 19 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, del que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tomó nota con reconocimiento en 2005⁷³, afirma esencialmente la misma norma:

Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.

En cuanto a la aplicación de este principio a las amnistías, el Principio 24 dispone:

Incluso cuando tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía 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 enumeradas en el Principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata...

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones afirman una obligación general de los Estados a "proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación", y contienen directrices pormenorizadas acerca del carácter de esta obligación (párr. 3 d)). El Conjunto de principios actualizado contra la impunidad reafirma asimismo el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a "tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz" (Principio 32), y a obtener reparación (Principio 31). En consecuencia, dispone: "la amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación..." (Principio 24 b)).

Mientras que los órganos, los expertos y los funcionarios de derechos humanos de las Naciones Unidas se han opuesto desde hace mucho tiempo a las amnistías que impiden que se ejerza la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos que constituyen delitos, los órganos políticos de la Organización han adoptado una posición semejante en el último decenio. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad, en su resolución 1674 (2006), destacó "la responsabilidad de los Estados de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y procesar a los responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario...".

⁷³ Resolución 2005/81, relativa a la impunidad, párr. 20.

La responsabilidad de los *Estados* de poner fin a la impunidad tiene consecuencias también respecto de las Naciones Unidas. En su informe de 2004 sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, el Secretario General reafirmó que **"los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistía por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos"**⁷⁴. Esta política refleja, entre otras consideraciones, la conclusión de que los acuerdos de paz obtenidos a precio de amnistía respecto de crímenes atroces pueden no garantizar una paz duradera y no lograrán una paz justa.

D. Efecto jurídico de las amnistías

- **Una amnistía relativa a violaciones manifiestas de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario no impediría el enjuiciamiento ante tribunales extranjeros o internacionales.**

En un texto que se ha citado con frecuencia, una sala del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia expresó su opinión de que una amnistía interna relativa a crímenes cuya prohibición tiene condición de norma de *jus cogens*, como la prohibición de la tortura, "no recibiría reconocimiento jurídico internacional". La Sala explicó:

El hecho de que la tortura haya sido prohibida por una norma perentoria de derecho internacional tiene otros efectos en los planos interestatal e individual. En el plano interestatal sirve para deslegitimar internacionalmente toda medida legislativa, administrativa o judicial que autorice la tortura. No tendría sentido argumentar, por una parte, que en razón del valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, los tratados o las normas consuetudinarias relativas a la tortura serían nulas *ab initio*, y no tendría sentido pasar por alto que un Estado adoptara medidas nacionales que autorizaran o condonaran la tortura o absolvieran a sus autores mediante una ley de amnistía. Si surgiera una situación de ese tipo, las medidas nacionales que violaran el principio general y cualquier disposición pertinente de un tratado producirían los efectos jurídicos anteriormente examinados y no tendrían reconocimiento jurídico internacional. Las posibles víctimas podrían iniciar actuaciones judiciales si tuvieran *locus standi* ante un órgano judicial internacional o nacional competente con miras a pedir que se declarara la ilicitud internacional de la medida nacional, o la víctima podría iniciar un juicio civil por daños ante un tribunal extranjero, al que se pediría por lo tanto, entre otras cosas, que negara todo valor jurídico a la medida nacional de autorización. Lo que es más importante es que los autores de tortura que actuaran sobre la base de esas medidas nacionales o se beneficiaran de ellas podrían no obstante ser considerados responsables penalmente de tortura, ya sea en un Estado extranjero o en su propio Estado en un régimen posterior⁷⁵.

⁷⁴ S/2004/616, párr. 10. Véase también el párrafo 32.

⁷⁵ *Fiscal c. Anto Furindžija*, párr. 155.

El Tribunal Especial para Sierra Leona, creado mediante un tratado entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, ha rechazado la impugnación de su jurisdicción respecto de delitos internacionales cubiertos por una amnistía. Observando que su Estatuto le otorgó jurisdicción respecto de ciertos crímenes internacionales a pesar de la amnistía, la Sala de Apelaciones observó que una consecuencia del carácter de crímenes internacionales graves de lesa humanidad es que los Estados, en virtud del derecho internacional, pueden ejercer jurisdicción universal respecto de esos crímenes. La Sala concluyó que cuando se trataba de la jurisdicción universal un Estado no podía privar a otro Estado de jurisdicción para enjuiciar al autor mediante la concesión de la amnistía⁷⁶.

Finalmente, los órganos de tratados de derechos humanos han afirmado reiteradamente su derecho a revisar la validez de las amnistías aprobadas por los Estados partes. Por ejemplo, en el asunto *Malawi African Association et al. c. Mauritania*, la Comisión Africana llegó a la conclusión de que una ley interna de amnistía que tuviera por efecto anular el carácter penal de los hechos y violaciones precisos de los que reclamaban los demandantes no podría tener el efecto de impedir la revisión por la Comisión misma:

La Comisión recuerda que su función consiste precisamente en pronunciarse sobre denuncias de violaciones de los derechos humanos protegidos por la Carta [Africana]... Estima que una ley de amnistía aprobada con la finalidad de anular las demanda y otras medidas que procuren reparación que puedan presentar las víctimas o sus beneficiarios, aunque tengan vigor dentro del territorio nacional de Mauritania, no pueden amparar a ese país del cumplimiento de las obligaciones internacionales que le incumben en virtud de la Carta⁷⁷.

⁷⁶ Véase *Fiscal c. Morris Kallon y Fiscal c. Brima Bazzy Kamara*, párrs. 70 y 67. Véase también *Fiscal c. Kondewa*.

⁷⁷ Comunicaciones Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97 y 210/98 (11 de mayo de 2000), 13º Informe anual sobre las actividades de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y los Pueblos, 1999-2000, AHG/222 (XXXVI), anexo V, párrs. 82 y 83. Una ley de amnistía puede tener además como efecto reunir los requisitos de admisibilidad de un órgano de supervisión de un tratado de que los recursos internos razonablemente disponibles se encuentren agotados.

E. Las amnistías y el derecho a la verdad

- **Las amnistías no pueden menoscabar el derecho de las víctimas o de las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos.**

Como se reconoce en el Conjunto actualizado de principios contra la impunidad, el derecho a la verdad tiene tanto una dimensión colectiva como una individual, y ambas son inalienables:

Principio 2. El derecho inalienable a la verdad

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes...

Principio 4. El derecho de las víctimas a saber

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

Así como en derecho internacional la obligación de que los Estados garanticen el enjuiciamiento de ciertos delitos y otorguen recurso efectivo a la víctima fija límites a las amnistías permisibles, el Conjunto actualizado de principios contra la impunidad reconoce que "la amnistía y otras medidas de clemencia... no menoscabarán el derecho [de las víctimas] a saber" (Principio 24 b)). Según ese criterio, un informe de 2006 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos llegó a la conclusión de que "el derecho a conocer la verdad acerca de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves de las normas de derechos humanos es un derecho autónomo e inalienable" y "ha de considerarse como un derecho que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones". En consecuencia, **"las amnistías y otras medidas análogas y las restricciones al derecho a solicitar información nunca deben utilizarse para limitar, denegar o perjudicar el derecho a la verdad"**⁷⁸.

⁷⁸ "Estudio sobre el derecho a la verdad" (E/CN.4/2006/91, resumen y párr. 60).

III. RELACIÓN ENTRE AMNISTÍAS Y MEDIDAS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN

- **La verdad, la justicia y las reparaciones son respuestas complementarias, más que alternativas, a las violaciones manifiestas de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario. Si bien en algunos casos la revelación completa de la verdad acerca de las violaciones puede justificar una reducción de la sentencia de una persona, las medidas de la justicia de transición, como el establecimiento y el funcionamiento de comisiones de la verdad, no deben exonerar a los autores de un juicio penal a cambio de su testimonio.**
- **Asimismo, la reparación otorgada a las víctimas por las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario no reduce la obligación de los Estados de velar por el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de las violaciones graves de los derechos humanos.**

A. Comisiones de la verdad

"Cada vez es más común que los países que salen de una guerra civil o un régimen autoritario establezcan una comisión de la verdad que funcione durante el período inmediatamente posterior a la transición"⁷⁹. Las comisiones de la verdad -"órganos de investigación oficialmente autorizados, de carácter temporal y no judicial"- pueden desempeñar y han desempeñado una función inapreciable para permitir el ejercicio del "derecho a la verdad" con respecto a las violaciones.

En parte porque una de las comisiones de la verdad más conocidas y ampliamente respetadas -la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica- estuvo facultada en ciertas circunstancias para conceder amnistía a los autores que revelaran plenamente la verdad acerca de los crímenes de la era del apartheid, algunos comentaristas consideran que es posible renunciar a los enjuiciamientos incluso respecto de crímenes atroces si al hacerlo se facilita la plena revelación de la verdad. Pero aunque la amnistía de Sudáfrica no se puso a prueba en un órgano internacional de derechos humanos, es dudoso que hubiera sobrevivido el escrutinio de acuerdo con las normas jurídicas elaboradas por órganos como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁰. Esos órganos han indicado que las amnistías son incompatibles con las obligaciones de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes incluso cuando el Estado de que se trate haya creado una comisión de la verdad y otorgado reparación a las víctimas⁸¹.

⁷⁹ *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la Verdad* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.06.XIV.5), pág. 1.

⁸⁰ Véase Sherrie L. Russell-Brown, "Out of the crooked timber of humanity: the conflict between South Africa's Truth and Reconciliation Commission and international human rights norms regarding "effective remedies" ", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 26, N° 2 (2003), pág. 227. Se litigó con respecto a la amnistía sudafricana ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, que reafirmó la validez de la amnistía tanto en derecho interno como en derecho internacional. Sin embargo, se ha criticado ampliamente el trato que dio el Tribunal sudafricano a la normativa pertinente de derecho internacional.

⁸¹ Véase, por ejemplo, *Catalán Lincoleo c. Chile*, párrs. 51, 53 a 55 y 57; *Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina*. Por otra parte, en su informe de 1992 en que llegó a la conclusión de que la ley de amnistía del Uruguay violaba la Convención Americana, la Comisión observó: "La Comisión tampoco puede dejar de ponderar el hecho que, en el Uruguay, no se constituyó comisión investigadora nacional, ni existió informe oficial alguno sobre las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el Gobierno de facto anterior", *Santos Mendoza y otros c. el Uruguay*, párr. 36.

Otros países han adoptado modificaciones del modelo sudafricano para solucionar los cuestionamientos acerca de su compatibilidad con la normativa internacional de derechos humanos y con las expectativas locales⁸². Por ejemplo, la Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación establecida en Timor-Leste en 2002 no permitió la inmunidad con respecto a crímenes graves, como el homicidio o la violación, incluso cuando el autor confesaba plenamente, pero permitía la inmunidad respecto de los crímenes solamente cuando el autor confeso se comprometía a hacer servicio comunitario o a hacer un pago simbólico, de conformidad con un acuerdo negociado entre el autor, la víctima o víctimas y la comunidad. Se podía enjuiciar a los autores que no cumplieran las obligaciones que habían negociado⁸³. Como se observó en otro de estos instrumentos: "Dado que la exención penal depende de la prestación de servicios comunitarios o de un pago y es supervisada por un tribunal local, se parece más a una transacción negociada y no se considera una amnistía". Atendidas esas características, así como la exclusión de crímenes graves del funcionamiento de las disposiciones de renuncia a la acción penal, la "variante del modelo "amnistía a cambio de la verdad" [de Timor-Leste]... ha sido considerado aceptable a nivel tanto internacional como nacional, incluso por las comunidades de víctimas"⁸⁴.

Si bien la acción de una comisión de la verdad no exonera a un Estado de la obligación de garantizar que se haga justicia por las violaciones graves de derechos humanos y los crímenes de guerra, la plena revelación que haga un autor de lo que sabe acerca de esas violaciones puede justificar una reducción de la pena, siempre que la sentencia siga siendo proporcional a la gravedad del crimen. De manera consecuente con ese criterio general, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas permite que los Estados partes reduzcan las sentencias de las personas implicadas en desapariciones forzadas si suministran información que ayude a aclarar la suerte de la víctima principal o a identificar los autores. Aunque requiere que cada Estado parte "considere el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad" (art. 7.1), la Convención dispone además que los Estados partes podrán establecer "circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la personas desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada" (art. 7.2 a)).

También puede ser necesario facultar a una comisión de la verdad para que otorgue *inmunidad* parcial a un autor que declare ante la Comisión⁸⁵. Si bien esto no otorga inmunidad de enjuiciamiento a los testigos, procura que las pruebas que presenten ante la comisión de la verdad no se puedan utilizar en su contra en un juicio penal posterior. En suma, puede facilitarse la labor de las comisiones de la verdad y otros procesos encaminados a hacer realidad el "derecho a la verdad" mediante el otorgamiento a los autores de inmunidad parcial o de sentencias reducidas por su testimonio, pero no pueden otorgar inmunidad total.

⁸² Hasta la fecha ningún otro país ha otorgado a su comisión de la verdad la capacidad para otorgar plena amnistía a cambio de la verdad. Véase *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido en conflictos: Comisiones de la Verdad*, cap. II, sec. B.7.

⁸³ Véase E/CN.4/2004/88, párr. 12.

⁸⁴ *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la Verdad*, cap. II, sec. B.7.

⁸⁵ Véase *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la Verdad*, cap. II, sec. B.6.

B. El derecho a un recurso, incluida la reparación

Como se observó anteriormente, los Estados en general deben "otorgar recursos efectivos a las víctimas [de violaciones graves de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario], incluida la reparación"⁸⁶ y no pueden dejar sin efecto esas obligaciones con una amnistía. La obligación general de otorgar un recurso efectivo se reconoce explícitamente en numerosos tratados, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como señaló el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 31, el Pacto "dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados partes habrán de garantizar "que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos". Además, el Comité observó, "si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo... no se cumple" (párrs. 15 y 16).

Durante una transición política después de un período de violaciones generalizadas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario la obligación de garantizar a las víctimas reparación apropiada puede adquirir una dimensión cualitativamente diferente. En esas circunstancias, "los Estados tienen la obligación moral y política de adoptar medidas reparadoras generales y de introducir programas detallados que ofrezcan reparación a categorías más amplias de víctimas afectadas por las violaciones" en lugar de dejar que cada víctima intente reivindicar judicialmente su derecho⁸⁷.

La obligación jurídica de los Estados de otorgar reparación a las víctimas es independiente de otras obligaciones que los Estados pueden cumplir en el período de transición después de violaciones sistémicas de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Entre otras cosas, esto significa que el hecho de que un gobierno haya dado reparación a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos cometidas por un régimen anterior no exonera a ese gobierno de su obligación clara y distinta de velar por que se someta a la justicia a los responsables de las violaciones graves.

C. Programas de desarme, desmovilización y reintegración

- **Los Estados no podrán otorgar amnistías incompatibles con los principios jurídicos identificados en el capítulo II incluso cuando su objetivo sea promover el desarme, la desmovilización y la reintegración de los combatientes.**

Así como las Naciones Unidas no pueden condonar amnistías por violaciones manifiestas de derechos humanos y violaciones graves del derecho humanitario en los acuerdos de paz, los acuerdos de paz deben velar por que todo acuerdo de desarme, desmovilización y reintegración sea compatible con las normas y las mejores prácticas internacionales.

⁸⁶ Resolución 60/147 de la Asamblea General, anexo, párr. 3 d).

⁸⁷ *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, cap. I.

Como se señaló anteriormente, el Secretario General ha reconocido que en "una amnistía cuidadosamente formulada se puede apoyar el regreso y la reinserción de [civiles desplazados y ex combatientes]". Incluso en ese caso, advierte el Secretario General "no debe permitirse en ninguna circunstancia que [la amnistía] sirva de excusa para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves de los derechos humanos"⁸⁸.

⁸⁸ S/2004/616, párr. 32.

IV. CUESTIONES QUE SURGEN AL EVALUAR UNA AMNISTÍA O UN PROYECTO DE AMNISTÍA

1. ¿Es lícita una amnistía o un proyecto de amnistía? ¿Tiene el efecto jurídico de impedir los juicios penales, los recursos civiles, o ambos?

Algunas disposiciones jurídicas son claramente amnistías tal como se definen en este instrumento aunque se usen formulaciones distintas de "se otorga amnistía".

- Un ejemplo es la siguiente disposición del Acuerdo de Paz de Lomé de 1999, titulada "Indulto y amnistía":

1. A fin de lograr una paz duradera en el país, el Gobierno de **Sierra Leona** tomará las medidas jurídicas pertinentes para conceder el indulto total al Cabo Foday Sankoh.

2. Después de la firma del presente Acuerdo, el Gobierno de Sierra Leona también concederá el indulto total a todos los combatientes y colaboradores, en relación con todos los hechos realizados en consecución de sus objetivos hasta el momento de la firma del presente Acuerdo.

3. A fin de consolidar la paz y promover la causa de la reconciliación nacional, el Gobierno de Sierra Leona garantizará que no se tomen medidas oficiales ni judiciales contra ningún miembro del Frente Revolucionario Unido, el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas, el ex Ejército de Sierra Leona o las Fuerzas de Defensa Civil, en relación con los hechos realizados en consecución de los objetivos de sus respectivas organizaciones, entre marzo de 1991 y el momento de la firma del presente Acuerdo. Además, se tomarán las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar la inmunidad de los ex combatientes, los exiliados y otras personas que se encuentren actualmente fuera del país por razones vinculadas con el conflicto armado para que puedan ejercer plenamente sus derechos civiles y políticos y reintegrarse en la sociedad en un marco de total legalidad⁸⁹.

- Otro ejemplo claro es la amnistía otorgada en el artículo 1 de la Ley de caducidad del **Uruguay** de 1986 (Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, N° 15848):

Reconoce que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el Acuerdo celebrado entre partidos políticos y las fuerzas armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

⁸⁹ Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona, 7 de julio de 1999 (S/1999/777, anexo, art. IX).

Ejemplos de disposiciones más ambiguas incluyen:

- La Ley N° 27 de **Indonesia**, de 2004, sobre la Comisión de Verdad y Reconciliación. A pesar de sus ambigüedades, la ley contiene disposiciones relativas a amnistía. Establece y reglamenta el funcionamiento de una comisión de verdad con el mandato de recomendar amnistía basada en directrices que dictaría. Aunque la determinación definitiva de las amnistías que recomienda debía ser hecha por el Presidente, el artículo 44 dispone una amnistía efectiva al estipular que los casos de violaciones graves de derechos humanos resueltos por la Comisión no pueden ser llevados ante el Tribunal Ad Hoc de Derechos Humanos. Además, el artículo 27 dispone: "Se podrán otorgar compensación y rehabilitación cuando se solicite una amnistía y se otorgue", con lo que se condiciona el acceso de las víctimas a la reparación -lo que en derecho internacional es un derecho fundamental- al otorgamiento de una amnistía (lo que es incompatible con los principios jurídicos y la política de las Naciones Unidas que se resume en el capítulo II). El 7 de diciembre de 2006 el Tribunal Constitucional de Indonesia decidió que el artículo 27 era inconstitucional y, por cuanto formaba parte integrante de la ley en su conjunto, decidió que la ley era inconstitucional⁹⁰.
- La Ley de justicia y paz de **Colombia**, Ley N° 975 (de 21 de junio de 2005), ofrece beneficios principalmente en forma de sentencias reducidas a los miembros de las organizaciones paramilitares que se desmovilicen, se desarmen y suministren información o colaboren en el desmantelamiento del grupo al que pertenecían. A cambio de cumplir esos requisitos, los beneficiarios pueden recibir "sentencias alternativas", es decir, penas más reducidas que las penas que el tribunal competente determine que son apropiadas antes de aplicar los beneficios de sentencia de la Ley de justicia y paz. Una sentencia alternativa consiste en "privación de libertad" por un período de por lo menos cinco años, pero no superior a ocho años, período que se determina exactamente "de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos" (art. 29).

Si bien ofrece penas reducidas a quienes reúnan las condiciones, la Ley de justicia y paz no los exime del juicio penal. En lugar de ello, crea una Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz con la función de investigar los actos delictivos cometidos por los solicitantes, comprobar la veracidad de la información suministrada y aclarar esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia (arts. 16 a 18).

Por cuanto la ley no extingue completamente la responsabilidad penal respecto de los beneficiarios, no es una amnistía tal como se ha definido en este instrumento. Sin embargo, esto no aclara las preocupaciones en cuanto a si es plenamente compatible con las obligaciones internacionales de Colombia de velar por que los autores de delitos de derechos humanos sean enjuiciados en los juicios penales correspondientes, que se realice plenamente el derecho de las víctimas y la sociedad a la verdad, y que se otorguen a las víctimas recurso y reparación efectivos⁹¹.

⁹⁰ Decisión N° 006/PUU-IV/2006 relativa a la sustanciación de la Ley sobre Comisión de Verdad y Reconciliación.

⁹¹ En un fallo de 18 de mayo de 2006 el Tribunal Constitucional de Colombia declaró que varias disposiciones de la ley eran inconstitucionales y enmendó efectivamente otras de manera de compatibilizar la ley con las obligaciones internacionales y constitucionales de Colombia.

En mayo de 2007 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio orientación acerca de la forma en que debería aplicarse la Ley de justicia y paz para ser compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entre otras cosas, la Corte determinó que "las disposiciones que impidan la investigación y el castigo de los responsables de violaciones graves son inadmisibles". Además, "la pena que el Estado asigne a los autores de conducta ilícita debe ser proporcional a los derechos reconocidos por la ley y la culpabilidad con que hayan actuado los autores, lo que a su vez se debe determinar como función de la naturaleza y la gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de un fallo dictado por una autoridad judicial"⁹².

2. ¿La amnistía (o el proyecto de amnistía) excluye completa y claramente todas las categorías de conducta que, de conformidad con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, se debe someter a una investigación efectiva; cuando la prueba lo justifica, a un juicio penal, y un recurso?

- **Exclusiones generales.** La Ley de amnistía de 2001 aprobada en las **Islas Salomón** incluye una disposición que, a simple vista, es general el excluir las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y los crímenes de guerra. Tras definir la conducta que está sometida a la amnistía, la ley dispone que: "La amnistía o inmunidad mencionada en esta sección no es aplicable a ningún acto criminal cometido en violación de las normas de derecho internacional humanitario, violaciones de derechos humanos o abusos...".
- **Exclusiones incompletas.** Una amnistía aprobada en **Guatemala** en 1996 hizo mucho por excluir de su ámbito de aplicación los delitos que se deben enjuiciar de conformidad con el derecho internacional, pero sin embargo es probable que no las haya excluido todas. La Ley de reconciliación nacional, Decreto N° 145-96, excluye completamente del ámbito de las disposiciones de amnistía el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, así como delitos imprescriptibles en derecho guatemalteco o en virtud de los tratados en que es parte Guatemala (art. 8). Esta ley, sin embargo, no excluye expresamente los crímenes de lesa humanidad (Guatemala no es parte en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad), los crímenes de guerra ni las violaciones de derechos humanos distintos de la tortura y la desaparición forzada.

⁹² Caso de la *Masacre de la Rochela c. Colombia*, fallo de 11 de mayo de 2007, serie C, N° 163, párrs. 194 y 196.

- **Disposiciones ambiguas.** No siempre es claro si una amnistía excluye de su ámbito de aplicación todos los delitos que se deben excluir de conformidad con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas. Como observa el autor de un estudio sobre las amnistías, "los Estados pueden crear ambigüedad en términos de amnistía con expresiones como actos feroces y bárbaros, actos atroces, o crímenes sangrientos, pero sin definir esas expresiones". Las expresiones pueden enmascarar el funcionamiento de una amnistía impermisible. Según el estudio del autor, una amnistía de **Colombia** de 1982 que excluía los "crímenes atroces" otorgaba sin embargo inmunidad a los torturadores⁹³.
- Como sugiere ese ejemplo, es importante leer el texto de un proyecto de amnistía teniendo en cuenta el código penal del país de manera de asegurarse de que las disposiciones de la amnistía no impidan que un Estado cumpla sus obligaciones jurídicas internacionales. Por ejemplo, en el caso de que haya ocurrido un genocidio en un país y que un proyecto de amnistía que abarque el período del genocidio excluya expresamente el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. A simple vista, el proyecto de amnistía parecería ser compatible con la obligación del Estado de garantizar el enjuiciamiento de esos dos crímenes internacionales. Sin embargo, el código penal de ese país podría no tipificar ni el genocidio ni los crímenes de lesa humanidad como delito. A pesar del texto que exime los crímenes de lesa humanidad y genocidio, el proyecto de amnistía podría tener como efecto impedir el enjuiciamiento de los autores. En esta situación tal vez resulte necesario garantizar que el proyecto de amnistía excluya delitos como el "homicidio", que podría ser el único delito previsto en derecho interno que se pudiera utilizar para enjuiciar a los autores de genocidio.
- Consideraciones semejantes podrían ser aplicables a las desapariciones forzadas, que todavía no están tipificadas como tales en muchos países. Una amnistía que incluya la "detención ilícita" podría impedir de hecho el enjuiciamiento de las desapariciones forzadas.
- Si una amnistía excluye los "delitos políticos" es importante aclarar qué crímenes quedan comprendidos en esa expresión y garantizar que la amnistía excluya los crímenes que, de conformidad con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, deben enjuiciarse.

3. ¿Afecta el resultado del análisis jurídico de una amnistía (o proyecto de amnistía) su uso como medida de desarme?

Si una amnistía fuese nula por algún motivo, el hecho de que se use como estímulo para que los rebeldes se desmovilicen, desarmen y reintegren no la valida (véase el capítulo III, sec. C).

⁹³ Mallinder, *op. cit.*, pág. 120, llamada 6.

4. ¿Pueden los Estados otorgar amnistías que podrían ser nulas por algún motivo para asegurar una transición estable a la democracia y promover la reconciliación?

Los órganos de tratados de derechos humanos han decidido que las amnistías que los gobiernos justifican como medida de reconciliación nacional durante la transición a la democracia después de un gobierno militar son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana⁹⁴.

5. ¿Puede legitimarse una amnistía (o proyecto de amnistía) que podría ser nula por algún motivo si se aprueba en un proceso democrático?

Si bien las deliberaciones públicas relativas a políticas de derechos humanos encaminadas a fortalecer una transición a la democracia se deben alentar decididamente⁹⁵, los procesos democráticos no pueden validar una amnistía que podría ser por algún motivo nula. El Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han decidido que ciertas amnistías aprobadas en procesos democráticos son incompatibles con el Pacto Internacional y la Convención Americana, respectivamente⁹⁶.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Hugo Rodríguez c. el Uruguay*, dictamen sobre la comunicación N° 322/1988, de 19 de julio de 1994 (A/49/40 (vol. II), anexo IX, sec. B); *Santos Mendoza y otros c. el Uruguay*; *Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina*; *Parada Cea y otros c. El Salvador*.

⁹⁵ Véase en general E/CN.4/2005/102, párr. 7; E/CN.4/2004/88, párr. 11.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, *Santos Mendoza y otros c. el Uruguay*.

Anexo

LISTA DE VERIFICACIÓN

Definiciones

Con la expresión **amnistía**, como se usa en este instrumento, se designan las medidas jurídicas que tienen por efecto: a) impedir posibles juicios penales y, en algunos casos, acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas respecto de conductas delictivas especificadas cometidas antes de la aprobación de la amnistía, o b) anular retroactivamente la responsabilidad jurídica anteriormente determinada.

Una *amnistía* tal como se define *supra* se distingue de un **indulto**, que se usa en el presente instrumento para designar un acto oficial que exonera a un criminal o criminales del cumplimiento de su sentencia. Una *amnistía* se distingue además de diversas formas de **inmunidad oficial** en derecho internacional, como las inmunidades del jefe de Estado y de los diplomáticos, que protegen a los funcionarios del ejercicio de la jurisdicción de un Estado extranjero en ciertas circunstancias. Los *indultos* y las *inmunidades oficiales* no corresponden al ámbito de este instrumento.

Las autoamnistías son amnistías aprobadas por los responsables de violaciones de derechos humanos para evadir su responsabilidad. Los órganos de tratados de derechos humanos, los juristas y otros han criticado enérgicamente las autoamnistías, que por su carácter, son el epítome de la impunidad.

Las amnistías generales exoneran a amplias categorías de infractores del enjuiciamiento y/o de la responsabilidad civil sin que los beneficiarios tengan que reunir condiciones previas, incluidas las encaminadas a garantizar la plena revelación de lo que saben acerca de los crímenes abarcados por la amnistía, en forma personal. Las amnistías generales han sido condenadas casi universalmente cuando abarcan violaciones graves de derechos humanos y violaciones graves del derecho humanitario.

Las amnistías condicionales exoneran a una persona del enjuiciamiento si solicita la amnistía y reúne varias condiciones, como la plena revelación de los hechos acerca de las violaciones cometidas. Una amnistía condicional suele implicar una investigación previa para determinar la responsabilidad personal. Véase el examen en el capítulo I respecto de las normas internacionales que deben cumplir esas amnistías.

Las amnistías de facto, tal como se usan en el presente instrumento, describen medidas jurídicas como las leyes, decretos o reglamentos del Estado que impiden efectivamente el enjuiciamiento. Si bien no descartan expresamente el enjuiciamiento penal o los recursos civiles, tienen el mismo efecto que una ley explícita de amnistía. Esas amnistías son impermisibles si impiden el enjuiciamiento de delitos que no pueden ser lícitamente objeto de amnistía explícita.

Las **amnistías encubiertas** pueden asumir diversas formas. Por ejemplo, incluyen amnistías cuya aplicación se dispone en reglamentos que interpretan leyes que, a simple vista, pueden ser compatibles con el derecho internacional pero que, tal como se interpretan en los reglamentos de aplicación, son incompatibles con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Esas amnistías son impermisibles si impiden el enjuiciamiento de delitos que no pueden lícitamente ser objeto de una amnistía abierta.

El derecho internacional y la política de las Naciones Unidas relativa a las amnistías

La impunidad invita a que se cometan nuevos abusos, y el derecho internacional lo ha reconocido desde hace largo tiempo reafirmando la **obligación de los Estados de poner fin a la impunidad**.

Las amnistías y las medidas semejantes que conducen a la impunidad son incompatibles con la obligación de los Estados de enjuiciar a los responsables de violaciones graves de derechos humanos, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, imponer una pena apropiada a los responsables, y proporcionar recurso adecuado y efectivo a las víctimas cuyos derechos se han violado.

De conformidad con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, las amnistías son impermisibles si: a) impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos; b) interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, o c) limitan el derecho de las víctimas o las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario.

El derecho internacional y la política de las Naciones Unidas no se oponen a las amnistías en sí mismas, sino que fijan límites a su alcance permisible. Se ha reconocido que las amnistías pueden desempeñar una función valiosa en poner fin a conflictos armados, reconciliar a comunidades divididas y restablecer los derechos humanos, a condición de que no otorguen inmunidad a las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Cuando los Estados aprueban amnistías que excluyen a los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de derechos humanos deben velar por garantizar que las amnistías no limiten ni pongan en peligro el goce de los derechos humanos, incluidos los que ostensiblemente se restablecen.

Una amnistía relativa a violaciones graves de derechos humanos o a violaciones graves del derecho internacional humanitario no impediría el enjuiciamiento en tribunales extranjeros o internacionales.

Los negociadores y el personal de paz de las Naciones Unidas no pueden estimular ni condonar las amnistías relativas a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o violaciones graves de derechos humanos ni alentar las amnistías que violen las obligaciones pertinentes que imponen los tratados a las partes, o que menoscaben el derecho de las víctimas a un recurso, o el derecho de las víctimas o las sociedades a la verdad.

Se ha reconocido ampliamente que entre las violaciones graves de derechos humanos se incluyen las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud y las desapariciones forzadas, incluidos casos de esos delitos que afecten concretamente a

la mujer y de violencia de género. Aunque se utiliza ampliamente la expresión "violaciones graves de derechos humanos" en las normas de derechos humanos, no se ha definido oficialmente. El instrumento del estado de derecho para las sociedades que han salido de un conflicto relativo a los programas de reparación observa que en general se presume que el genocidio, la esclavitud y la trata de esclavos, el homicidio, las desapariciones forzadas, la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la detención arbitraria prolongada, la deportación o los traslados forzosos de población, y la discriminación racial sistemática corresponden a esta categoría. La privación deliberada y sistemática de alimentos esenciales, atención primaria esencial de la salud y albergue o vivienda básica puede constituir también una violación grave de los derechos humanos.

Los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas jamás pueden prometer amnistía por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos.

Las Naciones Unidas han reconocido que la justicia y la paz no son contradictorias. Más bien, si se procuran apropiadamente, se fomentan y sostienen recíprocamente. La experiencia ha indicado que una cultura de impunidad y un legado de crímenes del pasado que no se solucionan probablemente menoscabarán una paz duradera.

Las amnistías y las medidas relativas a la justicia de transición

Se deben estimular decididamente los debates públicos relativos a las normas de derechos humanos encaminadas a reforzar una transición a la democracia. No obstante, un **proceso democrático** no puede transformar una amnistía que por algún motivo sería nula en una amnistía lícita.

La verdad, la justicia y las reparaciones son complementarias y no respuestas alternativas a las violaciones graves de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Si bien en algunos casos la plena revelación de la verdad por una persona acerca de las violaciones puede justificar una reducción de la sentencia, las medidas relativas a la justicia de transición, como el establecimiento y la actividad de una **comisión de la verdad**, no deben exonerar totalmente a los autores de un juicio penal a cambio de su testimonio.

Incluso cuando se reduce a cambio de una confesión plena, **la pena impuesta a una persona responsable de violaciones graves de derechos humanos o del derecho humanitario debe ser proporcional a la gravedad del delito**, y no se debe menoscabar el derecho de las víctimas a un recurso efectivo.

Asimismo, proporcionar a las víctimas **reparación** por violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario no reduce la obligación del Estado de velar por el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de las violaciones manifiestas de derechos humanos.

Incluso cuando se usan las amnistías para fomentar el **desarme, desmovilización y reintegración** de combatientes, los Estados no pueden otorgar amnistías incompatibles con sus obligaciones jurídicas internacionales.

Amnistías, paz y reconciliación

Incluso cuando tienen por objeto establecer condiciones conducentes a un acuerdo de paz o a fomentar la reconciliación nacional, jamás se puede permitir que la amnistía excuse el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o las violaciones graves de derechos humanos.

Incluso cuando tiene por objeto constituir una medida para consolidar la transición democrática, una amnistía debe ser compatible con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados de garantizar la justicia, el derecho a la verdad y a un recurso efectivo, incluidas las reparaciones. La experiencia ha indicado que las amnistías que impiden la justicia respecto de las violaciones de derechos humanos y las violaciones grave del derecho humanitario no pueden ser sostenibles, incluso cuando se adoptan para facilitar una transición democrática.

Cuestiones que se han de considerar en una situación de amnistía

¿Es lícita una medida en que se propone una amnistía? ¿Tiene el efecto jurídico de impedir los juicios penales, los recursos civiles, o ambos?

¿La amnistía (o proyecto de amnistía) excluye completa y claramente todas las categorías de conducta que, de conformidad con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, se deben someter a una investigación efectiva y, cuando la prueba lo justifique, un juicio penal?

¿Interfiere un proyecto de amnistía con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo?

¿Limita un proyecto de amnistía el derecho de las víctimas o las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario?

En caso de duda se alienta al personal de las Naciones Unidas a que consulte a los funcionarios competentes de la Oficina Jurídica de la Sede.