

# Replanteando la paz y la justicia

Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT) – [Grupo de Trabajo sobre Derecho y Paz](#)

## I. Presentación

Las recientes negociaciones de paz para poner fin a los conflictos violentos en Colombia, la República Centroafricana, Ucrania, Sudán del Sur y Afganistán son indicativas de que conseguir el equilibrio adecuado entre el establecimiento de la paz y la administración de justicia en contextos de violaciones graves continúa siendo una misión difícil para negociadores y mediadores. Por un lado, cada vez es más común la idea de que los acuerdos de paz que obvian o demoran excesivamente las demandas de justicia pueden ayudar a desescalar el conflicto en el corto plazo, pero raramente evitan o acallan tales demandas en el largo plazo, y esto, a su vez, conduce a situaciones de inestabilidad. Por otro lado, es reconocido que el insistir en el maximalismo en la rendición de cuentas por los actos criminales cometidos limita gravemente el margen de maniobra para alcanzar acuerdos e, incluso, las posibilidades de que se acuda de manera preferente a diálogos de paz.

Ante tal dificultad, los estados continúan aplicando un enfoque flexible, que consiste en la combinación de métodos en que incluyan en la implementación de los acuerdos de paz, iniciativas de justicia dirigidas a ampliar los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación, la rendición de cuentas y la garantía de no repetición. Estos pueden incluir estrategias de persecución penal selectiva, sanciones alternativas, amnistías limitadas y/o condicionales, acuerdos judiciales, indultos, inmunidades y diferentes formas de rendición de cuentas cuasi judiciales o extrajudiciales. Si bien hay quienes perciben tales prácticas y estrategias como una amenaza para ciertas normas de justicia y, por consiguiente, como una amenaza a las posibilidades de lograr la paz a largo plazo, en nuestra opinión, con medidas ad-

misibles en el derecho internacional, se pueden lograr progresos positivos en la práctica a nivel local, lo cual puede allanar el camino para conseguir la paz y la justicia de manera sostenible. Para desarrollar este argumento nos centramos en el uso de las amnistías, puesto que estas son más controversiales y están sujetas, en el derecho internacional, a restricciones más estrictas que otros beneficios especiales de justicia.

Un acercamiento flexible a la justicia, concretamente como parte de una transición negociada que busque poner fin a un conflicto armado, ha venido cobrando cada vez más importancia y reconocimiento en el derecho y la política internacional en los últimos años. Ello se debe en parte al malestar presente entre [algunos](#) actores de la comunidad de derechos humanos a nivel mundial respecto a las consecuencias que, directa o indirectamente, se derivarán del giro hacia el derecho penal en el ámbito de los derechos humanos. Dada la inviabilidad práctica de procesar a la totalidad o a la mayoría de los delincuentes que suelen presentarse después de un conflicto, las limitaciones que impiden el uso de métodos alternativos de rendición de cuentas, en vez de lograr una mayor asunción de responsabilidad, pueden contribuir en mayor medida a una situación de impunidad. Si bien hay momentos en los que el procedimiento penal es el mejor método para ampliar la rendición de cuentas, tomar como recurso único el enjuiciamiento penal es arriesgado e innecesario. Por esa razón, consideramos necesario buscar enfoques creativos y con mayores matices en la determinación de las medidas de rendición de cuentas que se diseñen en el marco de negociaciones políticas, que reflejen de un modo más preciso qué se admite o debería admitirse en derecho internacional.

Para hacerlo, pretendemos ofrecer un punto de vista que busque satisfacer al máximo los objetivos de paz y justicia y garantizar los derechos de las víctimas y que al tiempo sea práctico en el sentido que se incorpore un análisis crítico del entorno en el que se desarrollan el conflicto y las negociaciones. En la primera sección, describimos cómo ha evolucionado, en las últimas décadas, la gestión de la paz y la justicia en las negociaciones políticas. Posteriormente, describimos el marco internacional legal y político contemporáneo en el que deben adoptarse las decisiones sobre paz y rendición de cuentas, argumentando que: 1) las amnistías cuidadosamente diseñadas y otras formas de flexibilidad penal pueden desempeñar un papel importante en ayudar a las sociedades a dejar atrás pasados violentos y que 2) en el derecho internacional existe un espacio considerable para la creatividad a la hora de pensar estos diseños. Concluimos explorando de qué modo las

técnicas de negociación y el diseño de procesos pueden aprovechar toda esta flexibilidad ofrecida por el derecho internacional para equilibrar la paz y la justicia.

En este punto, nos proponemos suscitar un debate entre actores clave en las áreas de la mediación, paz y justicia sobre los desafíos, complejidades y ventajas de adoptar un enfoque más equilibrado en la paz y la justicia. Nuestras ideas se alimentan de las diversas experiencias globales del [Grupo de Trabajo sobre el Derecho y la Paz](#) de IFIT, implicado directamente en la negociación de amnistías y mecanismos de rendición de cuentas en más de 20 países. Nos basamos, de manera general, en los acontecimientos e innovaciones más recientes en los ámbitos de la justicia transicional, paz y resolución de conflictos, derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos.

## II. La evolución de la paz y la justicia en las negociaciones políticas

Cuando la justicia transicional empezó a adquirir forma como ámbito jurídico hacia el final de la Guerra Fría, su premisa máxima era que, en tiempo de transición, hacía falta algún tipo de enjuiciamiento del pasado para asegurar la estabilidad futura. Muchos de los que defendieron la justicia transicional en un principio entendían las transiciones democráticas y el posconflicto como momentos excepcionales en los que puede requerirse hacer concesiones en la persecución penal de violaciones con el fin de avanzar en la estabilidad social, la consolidación del estado de derecho, la democracia y la consecución de una paz que sea sostenible. La premisa partía de que las prerrogativas de paz y justicia pueden entrar en tensión, y que dar preferencia a la primera exige limitar o renunciar a los procedimientos judiciales en favor de formas alternativas de rendición de cuentas. Aplicar un enfoque tan flexible en la justicia se vio, en general, como una necesidad práctica, resultante especialmente de la combinación de experiencias de la transición democrática y el posconflicto en América Latina.

Tal visión cambió con el surgimiento y expansión de los tribunales penales internacionales o internacionalizados, las innovaciones en los juicios penales transnacionales, y la creciente afirma-

ción de la existencia de una norma anti-impunidad por parte de destacadas organizaciones internacionales de derechos humanos y las Naciones Unidas. Estos desarrollos promovieron un cambio en los principales debates políticos y académicos, que pasaron de paz versus justicia a la imposibilidad de paz sin justicia, entendiendo la justicia principalmente como enjuiciamiento penal. Así, más que argumentar que para asegurar la paz y la estabilidad se requiere renunciar a investigaciones y procedimientos penales exhaustivos, este punto de vista emergente sostenía que la paz y la estabilidad a largo plazo exigen persecuciones penales robustas. Algunos adoptaron esta postura como un hecho empírico, mientras que otros lo hicieron como un objetivo desde el cual presionar a los estados a incrementar su compromiso con la justicia, en línea con una interpretación estricta de las obligaciones específicas de persecución penal contenidas en algunos tratados.

Sin embargo, había divergencias entre los mismos actores que proponían concentrarse en luchar contra la impunidad en lo que se refiere al alcance que las estrategias de enjuiciamiento deberían tener para asegurar una rendición de cuentas exhaustiva a los responsables de delitos violentos. Algunos empezaron a sostener una

posición rígida según la cual [todos aquellos que habían cometido delitos internacionales y graves violaciones de los derechos humanos debían ser enjuiciados](#), ya que los enjuiciamientos penales sistemáticos eran una condición previa para la paz duradera. Otros centraron sus esfuerzos reclamando un número limitado y selectivo de juicios a los [líderes militares, políticos o de otros ámbitos](#) que se consideraban como los “máximos responsables” de las violaciones más graves y más generalizadas. Sin embargo, los proponentes de dichos enfoques divergentes convenían en que, si bien los otros mecanismos de justicia transicional eran admisibles e incluso recomendables, debían adoptarse como complemento de los juicios penales, y no como sus sustitos.

Con todo, las amnistías permanecieron sobre las mesas de negociación, no obstante la creciente defensa de la aplicación del derecho penal. En efecto, la amnistía y otros beneficios penales mantuvieron un rol esencial en las negociaciones políticas y de paz. Esta tendencia subsiste. Por ejemplo, en el 2018 se concedió una “amnistía general” a los combatientes rebeldes de [Sudán del Sur](#) para facilitar su rendición como parte del proceso de paz; el acuerdo de paz del 2019 para poner fin al conflicto en la [República Centroafricana](#) establecía la creación de una comisión de la verdad dirigida a promover la verdad, la justicia, la reparación, la reconciliación nacional y el perdón; y la asamblea consultiva para la paz de [Afganistán](#), en un gesto dirigido a crear confianza y así estimular las negociaciones, supervisó recientemente la liberación de centenares de prisioneros acusados de atrocidades. Además, hay otros casos vigentes como las conversaciones de paz de Minsk para poner fin al conflicto en el este de Ucrania, donde la agenda de las conversaciones establece la amnistía como requisito, pero no menciona en absoluto a las víctimas ni la rendición de cuentas.

De la revisión que hicimos sobre de la práctica estatal en este sentido, se desprende que las amnistías y otros beneficios penales para los delitos cometidos en el marco de conflictos son ofrecidas a cambio de poner fin a la guerra, conseguir el desarme, la renuncia a la violencia, y otros objetivos similares. Tales amnistías y medidas afines suelen implementarse en procesos de paz que también incluyen estrategias de enjuiciamiento selectivas, comisiones de la verdad y otros mecanismos de rendición de cuentas, a pesar de no estar sujetos a la condición

de que los perpetradores contribuyan directamente a la reconstrucción de la verdad y a la reparación. Sin embargo, el acuerdo de paz del 2016 suscrito por Colombia con el grupo rebelde de las FARC ofrece un ejemplo reciente y de alto perfil de un sistema de justicia transicional negociada con sanciones alternativas supeditadas a expresiones de responsabilidad y otras formas de reparación para las víctimas. Además, la amnistía de 2015 en Libia establecía que, para poder acogerse a esta, los perpetradores debían “presentar el compromiso escrito de no volver a delinquir, devolver los fondos públicos malversados y reconciliarse con las víctimas de los delitos cometidos”.

Lo que esto demuestra es que la “era de la rendición de cuentas”, en la que se lleven a cabo juicios sistemáticos contra los culpables de violaciones graves a los derechos humanos todavía está por llegar. La evidencia indica que no es realista esperar que haya juicios contra la totalidad o incluso la mayoría de las personas presuntamente responsables de delitos internacionales o de violaciones graves de los derechos humanos. Incluso si estos enjuiciamientos exhaustivos fueran posibles, no está claro que con estos se conseguirían los beneficios para la paz a los que se refieren los defensores de este enfoque. Un objetivo más realista y recomendable es encontrar la manera de reducir las tensiones naturales entre paz y justicia y cumplir con la una y con la otra hasta donde sea posible, en el marco de un proceso de paz. Si bien intentar encontrar un equilibrio entre ambas demandas puede resultar difícil para la legitimidad del proceso y la viabilidad de la negociación en sí, puede elevar sustancialmente las probabilidades de cumplir con las expectativas y gestionar los intereses de las víctimas, los victimarios y otros actores clave, incrementando así la legitimidad y la sostenibilidad del pacto resultante.

Finalmente, un planteamiento de las negociaciones que permita y favorezca un enfoque más creativo de la justicia (que incluya, por ejemplo, una justicia más orientada a la restauración que a la retribución) tiene más probabilidades de satisfacer el derecho de las víctimas a un remedio efectivo a través de la verdad, la justicia, las reparaciones y las garantías de no repetición. Equiparar la justicia, única o excesivamente, con las investigaciones y juicios penales denota una falta de visión, puesto que ignora el alcance de los enfoques creativos que han sido adoptados —y son necesarios— como parte de las negocia-

ciones políticas. Finalmente, como se explica de modo más detallado a continuación, el derecho internacional permite, y el objetivo de la justicia y la paz se verían favorecidos por ello, una com-

prensión con más matices de la relación entre amnistías y justicia y de los múltiples enfoques creativos existentes para diseñar las amnistías.

### III. Entorno jurídico y político

Las negociaciones de paz se han venido desarrollando durante mucho tiempo a la sombra del derecho internacional. El derecho internacional ha establecido el límite legal y, por consiguiente, a menudo, también el político, frente a qué puede o debe acordarse para lograr el objetivo de la paz. Si bien en los últimos treinta años los límites externos han venido adquiriendo requisitos más detallados y exigentes, siguen ofreciendo un enorme margen para la creatividad y el movimiento con respecto a la justicia. Además, mientras que ha habido una fuerte tendencia a argumentar que el derecho internacional prohíbe la amnistía en todas sus formas como respuesta a los delitos internacionales —y mientras que algunos, incluida las [Naciones Unidas](#), han interpretado que dicha prohibición abarca también las violaciones graves de los derechos humanos—, un análisis meticuloso y detallado del estado actual del derecho y la política internacional pone de manifiesto que existe un entorno jurídico y político flexible. Como se menciona más adelante, ni los tratados ni el derecho consuetudinario internacional establecen la prohibición clara que algunos sostienen que existe, contra ciertas formas de amnistía y penas alternativas para los delitos internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos. Del mismo modo, en ocasiones, con más rigidez de la que la ley requiere, directrices políticas desarrolladas por organizaciones regionales e internacionales a menudo dejan margen para enfoques maleables que a su vez permiten cumplir las obligaciones del estado con respecto a la verdad, la justicia, las reparaciones y las garantías de no repetición, requisitos intrínsecos de los contextos de negociación.

#### A. Tratados de derecho penal internacional

De manera consistente, los estados se han negado a prohibir la amnistía en los tratados internacionales. Prueba muy reciente de ello son las negociaciones que resultaron en el Estatuto de Roma (1998) y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006). Ninguna hace referencia a la amnistía ni prohíbe su utilización.

El único tratado multilateral que menciona la amnistía sigue siendo el Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra (1977), que invita a los estados a conceder, no prohibir, la amnistía más amplia posible al final de los conflictos armados no internacionales. Si bien el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado que esta disposición excluye los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales, el uso generalizado de las amnistías al final de tales conflictos indica que la interpretación de esta disposición que los estados han venido adoptando es diferente.

Aunque no haya ningún tratado que prohíba la amnistía o las penas alternativas, para algunos está implícita la existencia de tal prohibición en las disposiciones de los tratados que exigen la penalización, enjuiciamiento, extradición o castigo de los responsables de ciertos delitos según el derecho internacional (por ejemplo, genocidio, infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, tortura y desapariciones forzadas). Los tratados nada dicen sobre la legalidad de las amnistías, las formas alternativas de rendición de cuentas y otras sanciones alternativas por las violaciones de los tratados. Sin embargo, sus obligaciones explícitas de enjuiciamiento se han interpretado por muchos en el sentido de que los estados firmantes de los tratados (o todos los estados en los cuales el deber de enjuiciar según el tratado se acepta como norma consuetudinaria) infringen tales tratados si promulgan amnistías u otras medidas para evitar los enjuiciamientos. No obstante, ninguno de estos tratados especifica que todos los perpetradores deban ser juzgados o deban rendir cuentas, y ninguno ofrece orientación o limitaciones precisas frente a cómo se les debe exigir la rendición de cuentas, incluido el grado de dureza de la sentencia y la pena que se les debe imponer. Además, las convenciones contra la tortura y las desapariciones forzadas reconocen de modo explícito el papel de las autoridades judiciales nacionales para decidir si deben o no procesar los delitos correspondientes. Reconocen además que muchos sistemas jurídicos permiten la discrecionalidad en la decisión de si un indivi-

duo en particular debe o no ser procesado. En consecuencia, los estados parte conservan cierta flexibilidad en lo que se refiere, entre otros, a quién priorizar para el enjuiciamiento de acuerdo con los derechos de las víctimas y la capacidad y las prioridades del sistema judicial.

## B. Derecho internacional consuetudinario

Cuando en las disposiciones de los tratados se encuentran lagunas, la legalidad de las amnistías y otros beneficios penales puede determinarse mediante el derecho internacional consuetudinario, que es el resultado de 1) la práctica de los estados y 2) *opinio juris*, es decir, la percepción subjetiva por parte de un estado de que una norma legal en particular le es vinculante.

Con respecto lo anterior, las categorías de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales merecen una mención especial. La Comisión de Derecho Internacional está estudiando una propuesta de convención sobre los primeros que contiene un lenguaje de extradición o enjuiciamiento similar al que se encuentra en las convenciones contra la tortura y las desapariciones forzadas, cuando sigue sin existir un tratado dedicado a la obligación de los estados de evitar y castigar los crímenes contra la humanidad. Del mismo modo, aunque las Convenciones de Ginebra exigen a los estados el enjuiciamiento de graves violaciones cometidas en los conflictos armados internacionales, los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales no están sujetos a una obligación de enjuiciamiento basada en un tratado. Del mismo modo, los argumentos de que las amnistías están prohibidas para los crímenes contra la humanidad o para crímenes cometidos en conflictos armados no internacionales se basan necesariamente en existencia del deber de los estados de enjuiciar los crímenes según el derecho internacional consuetudinario. Solo basándose en esa premisa se podría inferir la inadmisibilidad de una amnistía para este tipo de crímenes.

Hay quienes eluden este tipo de hechos refugiándose en una obligación más general (o “acumulativa”) de procesar los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos como base para afirmar la existencia de una prohibición consuetudinaria de las amnistías para tales crímenes. Esto es coherente en la medida que 1) se permite a

los estados procesar a cualquier persona que consideren responsable de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales, y 2) los estados pueden tener obligaciones impuestas por los tratados de procesar la tortura y las desapariciones forzadas, como elementos constitutivos de prueba que son necesarios para probar la comisión de ciertos crímenes contra la humanidad. Sin embargo, falta práctica por parte de los estados que permita sostener como cierta la existencia de reglas consuetudinarias que exijan el enjuiciamiento de quienes sean los responsables de tales crímenes. Esta incertidumbre, unida a [la práctica continua de los estados de conceder amnistías para estos delitos](#), socava la base de derecho consuetudinario que permitiría inferir la existencia de una regla según la cual las amnistías y otros beneficios penales están radicalmente prohibidos para todos estos delitos.

Este estado de indeterminación del derecho internacional consuetudinario con respecto a las amnistías fue reconocido entre otros, por el Relator Especial de las Naciones Unidas encargado de la elaboración de una Convención Internacional sobre la Prevención y el Castigo de los Crímenes contra la Humanidad. Éste manifestó que el derecho no resuelve con claridad si los estados pueden o no conceder amnistías a estos crímenes debido a 1) la negativa continua de los estados para lograr un acuerdo sobre la prohibición de las amnistías en los tratados, y 2) la disposición permanente de los estados a promulgar o avalar amnistías para crímenes internacionales y violaciones graves. Así, para mantenerse en el enfoque de las convenciones contra la tortura y las desapariciones, recomendó que todo tratado futuro en materia de crímenes contra la humanidad omitiese toda referencia explícita a la amnistía.

Para algunos, sin embargo, la tendencia del derecho internacional avanza hacia 1) una obligación más sólida de enjuiciamiento y 2) una prohibición categórica contra toda forma de amnistía para crímenes internacionales y violaciones graves de los derechos humanos. Esta tendencia, sin embargo, no se ha traducido en la generación de una nueva norma. Además, por las razones que se expondrán más adelante, creemos que el desarrollo de una obligación o prohibición categórica de amnistía limitaría a los estados, innecesaria e improductivamente –y a los actores armados no estatales también– en su habilidad para 1) negociar la prevención o la re-

solución de los conflictos armados y 2) adoptar estrategias de enjuiciamiento creativas y eficientes al final de la guerra.

### C. Tratados de los derechos humanos

Los tratados de derecho internacional de derechos humanos obligan a los estados parte a ofrecer un remedio a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. La obligación puede cumplirse de diversas formas, incluidos los remedios de carácter civil o mecanismos administrativos. Algunos [organismos creados por estos tratados](#) y organizaciones defensoras de derechos humanos han interpretado esta obligación en el sentido de exigir investigaciones y procesamientos nacionales de quienes son responsables de violaciones graves, como la violación del derecho a la vida, incluso cuando tales violaciones no constituyan crímenes internacionales. Su postura plantea problemas por diversos motivos.

En primer lugar, no hay una definición que sea generalmente aceptada para determinar qué constituye una violación “grave” de los derechos humanos y, por consiguiente, no queda claro qué tipo de violaciones activarían la obligación de procesar, o si dichos crímenes únicamente activarían tal obligación cuando se perpetraran de modo sistemático. En segundo lugar, la mayoría de los organismos internacionales de derechos humanos reconocen que los estados tienen margen de discreción (a veces denominado “margen de apreciación”) sobre cómo pueden remediar las violaciones de derechos humanos. Incluso el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ha producido extensa jurisprudencia sobre las amnistías y otros beneficios penales, ofrece un enfoque mucho más flexible del que muchos asumen; especialmente en contextos bélicos. Es cierto que las sentencias de la Corte Interamericana sobre las leyes de amnistía promulgadas durante las transiciones del gobierno militar en la región establecieron una norma contundente en contra de la promulgación de amnistías amplias e incondicionadas para las violaciones graves sin ofrecer nada a las víctimas ni exigir nada de los perpetradores. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente, relacionada con amnistías y otros beneficios penales más sutiles y complejos, indica mayor apertura y flexibilidad. Por ejemplo, en el caso de la *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, el Tribunal falló que la imposición de sanciones alternativas, que combinaban castigos con concesiones, incluidas en la Ley de Justicia y Paz de Colombia del 2005 era admi-

sible. Creada para animar a los paramilitares al desarme, la ley preveía condenas menores de cinco a ocho años para quienes, habiendo sido procesadas por crímenes contra la humanidad, confesaran la verdad de sus actos, contribuyeran a la reparación para las víctimas y se comprometieran a no reincidir.

La necesidad de medidas de persecución penal que fueran flexibles para posibilitar acuerdos de paz negociados también surgió en el caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. La sentencia principal de este tribunal estableció que la amnistía internacional concedida por El Salvador en 1993 infringía la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, una opinión concurrente del presidente de la Corte y otros cuatro magistrados defendía que las amnistías promulgadas como parte de negociaciones para poner fin a una guerra civil debían distinguirse de las amnistías promulgadas después de una dictadura, y que en la primera el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición debía equilibrarse con el derecho a la paz. En esta opinión concurrente, el juez manifestó que centrar los procesamientos en quienes son responsables de las violaciones más graves y tratar los delitos menos graves a través de otros mecanismos, como la reducción de condenas, los castigos alternativos, la reparación directa por parte del perpetrador a la víctima, y el reconocimiento público de responsabilidad, podría proporcionarnos un método apropiado para lograr el mencionado equilibrio.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha adoptado un enfoque más amplio, permisivo y flexible en relación con la amnistía. Por ejemplo, en el caso *Tarbuk vs. Croacia*, el Tribunal Europeo sostuvo que “incluso en áreas tan fundamentales de la protección de los derechos humanos como es el derecho a la vida es, justificado para el estado promulgar, en el contexto de su política criminal, todas las leyes de amnistía que estime necesarias”. El único límite impuesto a esta discrecionalidad consiste en la exigencia al estado de garantizar “que se mantenga el equilibrio entre los intereses legítimos del estado y los intereses de los miembros individuales del público”. En lo que se refiere a las violaciones de derechos humanos graves, en el caso *Marguš vs. Croacia*, la Gran Sala del Tribunal Europeo reconoció la “tendencia creciente en el derecho internacional” (énfasis agregado) a considerar inaceptables las amnistías cuando

estas entran en conflicto con las obligaciones de los estados de procesar y castigar. Sin embargo, la Sala indicó que, incluso para tales violaciones, existe la “posibilidad de amnistía cuando se dan ciertas circunstancias particulares; por ejemplo, un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación para las víctimas”. El enunciado de la sentencia ni exige ni excluye que la amnistía dependa de la colaboración del delincuente con la reparación o la reconciliación.

Al igual que sucede con la práctica de los estados frente a crímenes internacionales, vemos que no ha surgido una práctica generalizada y permanente que sugiera que el derecho internacional consuetudinario prohíbe todas las formas de amnistía para las graves violaciones a los derechos humanos. Los estados en transición siguen experimentando con formas de amnistía, sanciones alternativas, indultos y otros beneficios penales para una amplia diversidad de violaciones, lo que indica que la práctica estatal y la *opinio juris* no se han sumado todavía a la obligación clara de procesar que algunos sostienen.

#### **D. Políticas internacionales y regionales sobre justicia transicional y mediación de conflictos**

Reconocidas organizaciones multilaterales han desarrollado políticas y normas que incluyen prohibiciones específicas en relación con la amnistía. Si bien estas no son fuentes de derecho, sí tienen alta influencia política. En este sentido, la diferencia entre las políticas de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, por una parte, y las políticas de la Unión Africana, por otra parte, es significativa. Mientras que las políticas de las primeras van más allá de las exigencias vigentes del derecho internacional (aun cuando reconocen la necesidad de flexibilidad), las políticas de la Unión Africana permiten más laxitud.

Por ejemplo, la Secretaría General de las Naciones Unidas, en directrices e informes de 1999 y 2004, estableció que las Naciones Unidas no promoverían ni condonarían ninguna amnistía a crímenes internacionales o violaciones graves de los derechos humanos. La rigidez de esta posición, no obstante, se ve moderada por el reconocimiento continuo, en las [Directrices para la Mediación de las Naciones Unidas](#), de que las amnistías pueden “considerarse, y a menudo se recomiendan” en el caso de delitos políticos, como la traición o la rebelión, e incluso pueden

recomendarse también para reintegrar a personas desplazadas y excombatientes. Ambos posicionamientos no son incompatibles, pero reconciliarlos exige flexibilidad y creatividad.

El [Marco de Política de Justicia Transicional de la Unión Europea](#), por ejemplo, expresa el compromiso de la UE con el principio de que “no habrá una paz duradera sin justicia”. En este sentido, avala la política de las Naciones Unidas de oponerse a las amnistías para los crímenes internacionales y las violaciones graves de derechos humanos, “incluso en el contexto de negociaciones de paz”. Sin embargo, la UE reconoce, según el derecho internacional humanitario, que los estados pueden conceder amnistías para actos de guerra legítimos; y reconoce también que las amnistías son admisibles en el caso de delitos políticos. Basándose en el derecho internacional de los derechos humanos, la UE sostiene que “aunque se admitan según el derecho internacional, las amnistías deben ser coherentes con los derechos humanos, incluido el derecho al remedio o a la verdad”, lo que indica una apertura a amnistías limitadas y a otros beneficios penales que faciliten y no socaven la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

La Unión Africana (UA) ha adoptado un posicionamiento más dinámico. Los principios que constituyen la base de la [Política de Justicia Transicional de la UA](#), adoptada en febrero de 2019, establecen que “En el frágil escenario de posconflicto, son necesarios el equilibrio y el acuerdo entre la paz y la reconciliación, por una parte, y la responsabilidad y la rendición de cuentas por la otra parte”. Deliberadamente, la política de la UA se abstiene de adoptar un “enfoque válido para todos” en justicia transicional, argumentando, en cambio, que la elección de los mecanismos de justicia transicional debe desarrollarse de un modo específico para cada contexto “atendiendo a las concepciones y las necesidades de justicia y reconciliación de la sociedad”. La sección de justicia y rendición de cuentas reconoce que tales objetivos pueden conseguirse mediante una combinación de medidas formales y legales tradicionales y deben conducir a la “reconciliación y a la restitución”. Además, explícitamente, “deja margen de apreciación” a los Estados Miembros para que acudan a los acuerdos de reconocimiento de responsabilidad, los indultos y las penas alternativas a la privativa de la libertad. Aunque esta política rechaza el uso de las amnistías genera-

les o incondicionadas que eviten que se investiguen los delitos graves, faciliten la impunidad para personas responsables de crímenes graves o perpetúen las culturas institucionales negativas, deja la puerta abierta a la posibilidad de amnistías condicionadas, incluso para quienes cometieron crímenes graves, siempre que estos estén dispuestos colaborar en la recuperación de la verdad y en la reparación a las víctimas.

Así, incluso cuando tienen posiciones firmes en contra de las amnistías, las organizaciones internacionales tienden a reconocer que ciertas formas de amnistía o de indulgencia son admisibles y pueden resultar necesarias para poner fin al conflicto violento. Y en cualquier caso, no existe un consenso sobre cuándo una forma de amnistía o beneficio penal pasa de ser permisible a ser prohibido.

## IV: Margen para la creatividad en la rendición de cuentas

A lo largo de este documento, hemos visto de qué modo los marcos jurídicos y políticos por los que se rigen las obligaciones de los estados tras la comisión de delitos internacionales y de violaciones graves a los derechos humanos proporcionan flexibilidad en la búsqueda de justicia. La flexibilidad se expresa incluso con mayor precisión en las [Directrices de Belfast sobre Amnistía y Rendición de Cuentas](#), que parten de la práctica de los estados de reconocer la disponibilidad, la utilidad y la legitimidad de diversos tipos de amnistías condicionadas. Incluyen amnistías que dependen de la voluntad de los individuos agresores de entregarse y participar en programas de desarme, desmovilización y reintegración; participar en procesos de justicia tradicionales o restaurativos; revelar completamente su participación en los delitos; testificar o informar sobre la implicación de terceros; entregar bienes ilícitos; contribuir materialmente y simbólicamente a las reparaciones; abstenerse de cometer nuevos delitos relacionados con el conflicto (ordinarios o políticos), o cualquier otro tipo de actividad criminal; o cumplir prohibiciones temporales sobre la tenencia de armas, participar en elecciones o cargos públicos, o servir en la policía o las fuerzas armadas.

El valor y la facultad de ofrecer sanciones alternativas condicionadas a los infractores también ha sido reconocido por la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional, desde donde se ha [avalado](#) públicamente el acuerdo de paz suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC, según el cual quienes cometieron crímenes contra la humanidad pueden acogerse a penas de cinco a ocho años de “restricción efectiva de derechos y libertades” si reconocen la responsabilidad que les corresponde por los crímenes, ofrecen reparación y se comprometen a no reincidir. La Oficina [observó](#), además, que las “sentencias

reducidas son concebibles” para los crímenes internacionales, incluidas las “sentencias sin custodia o alternativas”, siempre que, entre otras cosas, las personas condenadas cumplan las condiciones establecidas para contribuir al objetivo de la paz y a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Dicho todo lo anterior, estos cambios reflejan una visión creciente de que la paz y la justicia (entendidas de manera general) pueden formar parte de cualquier negociación o proceso subsiguiente a un conflicto, de modo que se avance hacia lograr ambos objetivos. Así, nuestra conclusión descriptiva refleja nuestra posición normativa: un enfoque de fundamentado y flexible para avanzar hacia la paz y la justicia tiene muchas más probabilidades de resultar en una disminución de las tensiones inevitables entre ambas y de tener éxito en el avance hacia ambos objetivos. Si bien es cierto que el derecho internacional establece el deber de enjuiciar algunos crímenes internacionales y violaciones graves de los derechos humanos, el marco en el que se inscribe tal deber deja cierto margen para la flexibilidad y la creatividad. Además, el derecho y la política internacional son receptivos a las amnistías condicionadas u otras alternativas penales, y, por lo tanto, no las prohíben automáticamente, particularmente aquellas con las que es posible avanzar en la realización de valores tan importantes como la verdad, las reparaciones, la rendición de cuentas, la reforma institucional y las garantías de no repetición.

## V. Un mejor enfoque

¿Cómo pueden los negociadores aprovechar la verdadera amplitud del derecho y la política internacional para acomodar las exigencias de paz y justicia de modo que cada una logre fortalecer la otra con el fin de conseguir resultados que sean más legítimos y sostenibles? En nuestra opinión, están presentes, como mínimo, tres elementos cruciales: A) estructuración, B) mecánicas de la negociación, y C) un enfoque en el proceso más que en el punto final.

### A. Estructuración

El modo como se estructure y enmarque la relación entre paz y justicia por parte de quienes negocian una transición puede ampliar o limitar las opciones disponibles. Reducir la cuestión a si se trata de decidir entre amnistía o enjuiciamiento es una simplificación excesiva y oculta las opciones disponibles para reducir el conflicto y promover la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Por el contrario, una formulación más abierta de la pregunta ayuda a desglosar los requisitos de justicia y paz en sus partes constitutivas, revelando qué medidas podrían mejorar esas partes individuales dadas las variables específicas del contexto. Aplicando este enfoque, es más probable que los negociadores lleguen a un conjunto de opciones creativas y realistas que permitan aproximarse más a la paz y a la justicia.

#### 1. *Desagregar la justicia*

El concepto de justicia encarna diversos objetivos que convergen y partes movibles que tienen por finalidad aportar resultados positivos para las víctimas y la sociedad. Pueden incluir exponer la verdad; afirmar normas sociales de rechazo de la violencia y la criminalidad; reconstruir el estado de derecho y la legitimidad de las instituciones de la justicia; individualizar la culpa; disuadir la comisión de violaciones futuras; rehabilitar y reintegrar a los agresores; provocar el reconocimiento oficial; apoyar el proceso de cicatrización para las víctimas; fomentar la reconciliación; e imponer formas de castigo legal que pueden llegar hasta la inhabilitación para cargos públicos.

Las investigaciones y enjuiciamientos criminales son adecuados para el logro de algunos de estos elementos de la justicia, y al mismo tiempo

no son adecuados para el logro de otros. Por ejemplo, en contextos de justicia transicional, los juicios penales se centran en la responsabilidad de un solo acusado (o, como máximo, de unos pocos) cuando a menudo se trata de actos individuales cometidos en un contexto más amplio de conflicto o represión política. Si bien la base de la responsabilidad individual puede en algunos casos demostrarse, el entorno más amplio, las causas estructurales de la violencia y los factores institucionales y sistémicos que propiciaron la comisión del delito probado suelen recibir mucha menos atención. Además, la experiencia de las víctimas es, en el mejor de los casos, un elemento secundario y, en el peor, obviada en la mayoría de los juicios penales. Los juicios penales exigen también un elevado nivel de certidumbre probatoria, lo que tiene sentido teniendo en cuenta que es posible que se imponga una pena de prisión. No obstante, esto implica que en ocasiones las partes culpables resulten absueltas, lo que puede generar la impresión de que el individuo en particular es inocente o que los delitos no tuvieron lugar, lo que termina por desencadenar la decepción de las víctimas, inflamar tensiones sociales o socavar la confianza en la administración de justicia.

Tales limitaciones con respecto a la utilidad de los enjuiciamientos penales no merman el papel esencial que puede corresponderles en el reconocimiento del daño y en la atribución de responsabilidad por atrocidades. Estos beneficios son evidentes por sí mismos. Con todo, un enfoque estrecho que equipare la justicia con el enjuiciamiento penal genera el riesgo de pasar por alto debilidades con respecto a la utilidad de los juicios y obviar otros mecanismos para abordar las atrocidades, lo que puede terminar por socavar el espacio para conseguir tanto paz como justicia. En cambio, un enfoque de la justicia que la comprenda con la mayor amplitud ya descrita, además de ayudar a las limitaciones de la negociación para la paz, 1) tiene menos probabilidades de sobrecargar el procedimiento penal con tareas que este no puede asumir de un modo adecuado o realista y 2) tiene más probabilidades de aportar respuestas creativas que permitan avanzar efectivamente en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del estado en los ámbitos de la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

## 2. Desagregar la paz

Al igual que el de justicia, el concepto de paz incluye diversos imperativos convergentes y partes que lo constituyen. En el corto plazo, paz puede significar el cese formal de un conflicto violento. En el largo plazo, la paz requiere la creación de un entorno en el que las diferencias se negocien a través de procesos deliberativos sin acudir a la violencia, y en el que los derechos humanos fundamentales se reconozcan, apliquen y cumplan.

El modo en que finalice un conflicto violento incide en la viabilidad de la paz en el largo plazo. Si se hace de forma negligente, el cese formal del conflicto violento puede ser una mera ilusión y sentar las bases para que se genere un escenario de violencia futura más que uno de paz. Si se hace con cuidado, el cese formal del conflicto violento puede sentar la base para una paz realista y sostenible en el largo plazo. Una reflexión que lleve al reconocimiento del pasado nacional – a través de la verdad, el reconocimiento, la rendición de cuentas, reparaciones y la reconciliación puede ser de gran valor en este sentido.

En esta labor, la relevancia de las amnistías se ha malinterpretado significativamente. Suelen confundirse con la impunidad (entendida esta como la ausencia de procesos y sanciones penales por graves actos de violencia) y, por consiguiente, se perciben como el camino hacia una paz ilegítima a expensas de la justicia. Sin embargo, como ya hemos dicho, las amnistías se presentan en muchas formas y dimensiones. Mientras que algunas se aproximan a la impunidad, las amnistías condicionadas y otras sanciones alternativas diseñadas con cuidado pueden construirse de modo que promuevan ciertos elementos de la paz y de la justicia, como se explica de modo detallado en *Las Pautas de Belfast*. Para la legitimidad a largo plazo de las amnistías condicionadas, es crucial que exista la obligación de procesar o hacer rendir cuentas a quienes no han sabido aprovechar estos beneficios. La legitimidad de la amnistía condicionada en Sudáfrica, por ejemplo, se ha visto gravemente minada porque el estado de Sudáfrica no ha procesado a los individuos a los que se denegó la amnistía (porque ellos no cumplieron su parte del trato) o a quienes nunca la solicitaron.

En resumen, en el contexto de una negociación resulta mucho más útil enmarcar el debate en torno a los elementos importantes que constituyen la paz y la justicia hacia los que cada parte

quiere avanzar, y posteriormente avanzar a la discusión sobre cuáles son los mecanismos más adecuados para lograrlos. Al hacerlo, las negociaciones relativas a las cuestiones de rendición de cuentas son más una discusión de medios que de fines, y se reducen mucho las posibilidades de sucumbir al falso binario de enjuiciamiento versus amnistía, que limita los enfoques creativos disponibles. Las medidas de justicia transicional pueden, cada una por sí sola, contribuir significativamente a avanzar hacia los objetivos de la paz y la justicia, pero, además, si se han definido y combinado de un modo creativo, sus impactos individuales pueden multiplicarse de manera que faciliten soluciones negociadas, realistas y legítimas.

## B. Mecánica de la negociación

En las negociaciones es absolutamente necesario contar con un buen diseño del proceso. Aunque a menudo se perciba como un aspecto secundario o técnico, un diseño bien pensado resulta necesario para crear una negociación viable y la posibilidad de un eventual acuerdo. De hecho, “cómo” se diseñe y gestione una negociación puede ser tan importante y merecer tanta atención como el “qué” que se negocia. En este tema, hay cuatro aspectos que merecen especial atención en relación con la materia abordada en este texto.

Una primera consideración se refiere al uso de *medidas de construcción de confianza* para establecer las condiciones de un proceso viable. Suele ser esencial para todas las partes de una negociación alcanzar un acuerdo sobre las medidas iniciales que pueden propiciar la creación de un clima de confianza entre ellas, al tiempo que generar en la opinión pública una sensación de que la negociación es seria. Los ejemplos incluyen la declaratoria de ceses al fuego unilaterales o bilaterales, la posibilidad de levantar la prohibición de existencia a ciertos partidos políticos, la aceptación por una de las partes incluir elementos en la agenda del día que sean importantes para la otra, y así sucesivamente. Las ofertas de beneficios penales también pueden ser importantes para crear confianza en las etapas iniciales, y deben hacerse de un modo que no excluya futuros acuerdos relativos a la rendición de cuentas. Por ejemplo, antes de la iniciación de las negociaciones de paz que llevaron a la transición en Sudáfrica, el gobierno recurrió a liberaciones de prisioneros de alto perfil, incluidos aquellos que habían sido

procesados por delitos violentos, como medida de construcción confianza.

La comunicación es un segundo componente importante del diseño y la mecánica de la negociación que puede influir una aproximación que favorezca e impulse los objetivos de la paz y la justicia. Una estrategia de comunicaciones efectiva enlazará objetivos sensibles como la justicia con los dividendos del postconflicto más amplios que la negociación pretende aportar, lo que podría contribuir a generar un conjunto de expectativas en la opinión pública que sean más manejables sobre qué es viable y posible. Ello incluye actualizaciones periódicas, según las circunstancias lo permitan, acerca del progreso realizado y las dificultades subsistentes.

Los aportes *de las partes interesadas* son otro aspecto clave para tener en cuenta en el marco de la negociación para la paz y la justicia. Si bien las conversaciones de paz deben desarrollarse en condiciones que aseguren la confidencialidad, el hermetismo no es estrictamente necesario. Salvo cuando las negociaciones se lleven a cabo en secreto (es decir, sin que el público sepa de su existencia), las partes interesadas—sociedad civil, víctimas, partidos políticos y otros actores— deberían poder aportar sus ideas al proceso a través de uno o diversos mecanismos organizados. Esto contribuiría a diversificar la variedad de puntos de vista sobre cuestiones clave, lo que aseguraría resultados más ajustados al contexto e incrementaría la legitimidad y el empoderamiento del acuerdo final por parte de un grupo variado e incluyente de partes interesadas de la sociedad. Esto, a su vez, puede servir para fomentar la formación de coaliciones de todos los grupos capaces de movilizarse en el futuro para asegurar la implementación y la monitorización del acuerdo.

Una agenda que permita o anime a las partes a *conectar las diferentes cuestiones sobre la mesa de negociación* (por ejemplo, desarme, participación política, justicia transicional y otros) también puede resultar crítico. Esto es particularmente importante en lo que se refiere a la justicia transicional ya que, por su sensibilidad política y jurídica, necesita vínculos claros con los objetivos más amplios de la negociación para la paz. Por ejemplo, la capacidad de un grupo rebelde para transformarse en partido político y participar en elecciones debería vincularse a su rendición y desarme como parte de un proceso de amnistía condicionada y rendición

de cuentas. Este tipo de relaciones y condicionamientos han constituido una parte relevante de los acuerdos alcanzados —a menudo reforzados con aportaciones de las partes interesadas externas— en múltiples casos de paz negociada a lo largo de los últimos treinta años.

### C. Proceso por encima del punto final

Centrarse en el logro de un resultado negociado que haga más énfasis en el proceso que en el punto final suele ser acertado. Dada la desconfianza naturalmente existente entre las partes que negocian el final de un conflicto armado, es comprensible que exista una tendencia a querer alcanzar un acuerdo con resultados prefijados y medibles. Sin embargo, este enfoque corre el riesgo de crear una estructura mal equipada para afrontar un proceso de implementación inevitablemente dinámico que requerirá ajustes con frecuencia. En este sentido, un proceso de justicia transicional es especialmente vulnerable, porque las cuestiones de amnistía y beneficios penales, además de ser técnicamente complejas, son también políticamente controvertidas y, por consiguiente, susceptibles de desembocar en intensas batallas legislativas y giros en la opinión pública.

En el caso particular de las amnistías, es importante distinguir entre las que se conceden para facilitar el inicio de un proceso de negociación y las que se incluyen en el acuerdo final (por no hablar de las que pueden proponerse cuando ya han transcurrido varios años desde la firma del acuerdo para facilitar la reintegración y la reconciliación). Los debates sobre los objetivos y el diseño de las medidas deberían contar con el conocimiento adecuado de las dimensiones temporales que tienen la amnistía y otros beneficios penales. Por ejemplo, si a los combatientes se les conceden amnistías generales para que se rindan y entreguen las armas al inicio de las negociaciones políticas, probablemente tengan pocos incentivos para contribuir más adelante a la verdad y la reparación a cambio de beneficios penales.

## Conclusión

La reevaluación de la relación entre la paz y la justicia debió haberse hecho hace mucho tiempo. En este artículo hemos planteado cómo el derecho y la política internacional ofrecen un amplio margen para la flexibilidad y la creatividad al combinar los objetivos de la paz y la justicia, incluida la concesión de ciertos beneficios penales para los perpetradores a cambio de contribuciones que pueden representar beneficios sociales. También hemos mostrado que, al adoptar este enfoque y aplicar las prácticas que hemos recomendado, puede incrementarse la posibilidad de poner en marcha negociaciones políticas y de paz y de alcanzar acuerdos más realistas y legítimos.

Si bien cada negociación es única en su especie, y si bien la paz, por definición, es el objetivo principal de una “negociación para la paz”, en nuestra experiencia, la justicia, si se define ampliamente, también es alcanzable. Así es, especialmente, si el proceso se asume con una preconcepción de lo que es posible y lo que está permitido. Aunque la justicia, en el mejor de los casos, sea una de las diversas cuestiones que integran la agenda más amplia de la negociación para la paz, el margen para incorporar y hacer justicia es mucho mayor del que las partes a menudo imaginan.

Fundado en 2012, IFIT es una organización internacional independiente, no gubernamental que ofrece un análisis integral y asesoramiento técnico a los actores nacionales involucrados en las negociaciones y transiciones en sociedades frágiles y afectadas por conflictos. IFIT ha apoyado negociaciones y transiciones en países como Colombia, El Salvador, Gambia, Libia, Nigeria, Siria, Sri Lanka, Túnez, Ucrania, Venezuela y Zimbabue.