

Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición

Josep Tamarit Sumalla

Universitat de Lleida

Abstract

Una de las cuestiones más controvertidas en la problemática de la justicia de transición es la relativa a las Comisiones de la Verdad. En este artículo se analizan estos órganos de investigación desde el prisma de la obligación de proveer justicia ante las graves violaciones de derechos humanos y se plantea en qué condiciones una fórmula basada en la verdad y la reparación puede servir a los fines de la justicia penal.

Truth Commissions are one of the most controversial issues in the field of transitional justice. This paper analyses those investigative bodies from the point of view of the obligation to provide justice in cases of grave violations of human rights and point out in which conditions a national solution based on truth and reparation can serve the aims of the penal justice.

„Wahrheitskommissionen“ sind auf dem Gebiet der Übergangsjustiz eine der Fragen, die am kontroversesten diskutiert werden. Dieser Beitrag untersucht, ob diese Gremien in Fällen gravierendster Menschenrechtsverletzungen der Justizgewährungspflicht gerecht werden. Er zeigt des Weiteren auf, unter welchen Voraussetzungen eine Resolution, die auf den Gedanken der Wahrheit und der Wiedergutmachung gründet, den Strafzwecken dienen kann.

Title: Truth Commissions and Criminal Justice in transitional contexts

Titel: „Wahrheitskommissionen“ und Strafjustiz in Zeiten der politischen Neuordnung

Palabras clave: justicia, reparación, verdad, perdón, reconciliación, pena, transición

Keywords: Justice, reparation, truth, forgiveness, reconciliation, punishment, transition

Stichwörter: Justiz, Wiedergutmachung, Wahrheit, Strafe, Transition, Versöhnung, Vergebung

Sumario

- 1. Unos singulares órganos de investigación**
- 2. Las comisiones de la verdad en el Derecho internacional**
- 3. Las Comisiones de la verdad ante el Estatuto de la Corte penal internacional**
- 4. ¿Justicia o Justicia penal?**
- 5. Una justicia de calidad para las comisiones de la verdad**
- 6. Conclusiones**

1. Unos singulares órganos de investigación

El objetivo de este trabajo es analizar la interacción entre las Comisiones de la Verdad y las demandas de justicia que surgen en las situaciones de transición ante las graves violaciones de derechos humanos del pasado. Se abordarán los límites de la justicia penal, según la idea de que no cabe proyectar sobre este imperfecto instrumento las ansias humanas de justicia, con la emergencia de la justicia penal internacional y las críticas a la misma como telón de fondo, así como el rol de los intereses de las víctimas en la actual política criminal. Para ello partimos de una revisión de la que hoy se conoce sobre estos singulares órganos de investigación.

La literatura sobre las Comisiones de la Verdad (en adelante, CV) tiene como punto álgido de referencia la obra *Unspeakable Truths* de Priscilla Hayner (2001)¹, quien ha desarrollado una activa labor de seguimiento de las mismas. Es reconocida la contribución de la autora a la descripción del panorama de estos órganos a nivel mundial y a su misma conceptualización. Hayner estudió 21 comisiones que cumplieran con una serie de requisitos comunes, con independencia de su denominación o de cómo se hayan definido o reconocido a sí mismas. Los elementos sobre los cuales se establece la definición son las siguientes: 1) las CV investigan hechos pasados, cometidos durante un período de tiempo acotado; 2) investigan “patrones de abuso” (*patterns of abuse*), o sea, no hechos aisladamente considerados sino actuaciones de grupos que ejercen un poder jurídico o de hecho y que responden a un plan o al menos a una pauta de conducta; 3) son órganos temporales operativos durante un tiempo limitado y que terminan su trabajo con unas conclusiones y recomendaciones; y 4) son órganos oficiales, establecidos o autorizados por el Estado, aunque pueden incluir, cuando derivan de un acuerdo de paz, a la oposición armada. Hayner señala otras dos características menos sustanciales: las comisiones se centran en hechos del pasado reciente y que tienen una dimensión política. Diversos autores parten también de este concepto².

La definición anterior ha sido posteriormente cuestionada por Freeman y completada con las siguientes notas³: 1) las CV tienen una función investigadora pero carecen de poderes de decisión, lo que las diferencia de los órganos judiciales; 2) se ocupan de investigar actos de violencia o represión severa; 3) se concentran en violaciones cometidas en el territorio del Estado, tanto si son cometidas por actores vinculados directa o indirectamente a los aparatos de poder estatal como si son perpetradas por fuerzas de la oposición o por un poder de ocupación; 4) son órganos orientados hacia las víctimas; y 5) no se limitan a revelar hechos sino que efectúan un relato de las causas y consecuencias de los mismos. El espectro de las CV analizado por Freeman

¹ HAYNER, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, 2001. Véase también un anterior estudio comparativo de la autora, complementado por otros, en KRITZ (ed), *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, 1995, pp. 225 y ss.

² Así, ROTH-ARRIAZA, “The new landscape of transitional justice”, en ROTH-ARRIAZA/MAIEZCURRENA (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, 2006, p. 3.

³ Véase FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 2006, pp. 14-19.

es más amplio, ya que comprende las iniciativas habidas durante los primeros cinco años del siglo XXI, aunque la definición sigue teniendo cierta vocación restrictiva, pues, pese a responder a un propósito declarado de describir lo existente, trata razonablemente de reducir la complejidad de una amalgama de experiencias surgidas en contextos muy diversos, en aras a poder luego establecer unas pautas de actuación para todas ellas. En todo caso, no es de extrañar que aparezcan estudios en los que se reproche a la conceptualización emprendida por estos autores un reduccionismo. Así, Kim ha defendido la aportación positiva de la Comisión Nacional de investigación de la verdad sobre los hechos cometidos en la provincia de Jeju (Corea del Sur) a la transición coreana, pese a que no haya investigado hechos del pasado reciente sino masacres cometidas durante la lucha anticomunista de los años cincuenta del siglo XX y a que la actuación de la Comisión se haya prolongado durante un tiempo más largo del habitual en otros procesos de transición⁴. En esta misma dirección, Beattie lamenta que el predominio de una particular taxonomía de la CV ha impedido apreciar los rasgos distintivos de la Comisión de investigación creada por el *Bundestag* sobre la historia y las consecuencias del régimen de la extinta República Democrática Alemana, que sería una suerte de CV post-transicional dado que estuvo operativa en un período de estabilidad institucional⁵.

Pese a que las definiciones han sido efectuadas a partir de la observación de los rasgos comunes a las diversas comisiones, hay entre ellas diferencias dignas de atención. La experiencia que ha suscitado mayor interés ha sido la Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante, CVR) creada en Sudáfrica en 1995. Además de otros aspectos llamativos, como el énfasis que se puso en la reconciliación, inducido por el liderazgo espiritual del obispo Desmond Tutu y la cultura ubuntu, esta Comisión tenía poderes para dictar amnistías individuales⁶. También ha sido dotada con poderes decisorios la Comisión de Timor-Leste para concertar acuerdos con comunidades y que los delincuentes realicen servicios comunitarios. En otros casos las comisiones podían adoptar decisiones de carácter reparador, como en Marruecos, aunque finalmente los resultados hayan sido cuestionados⁷. La última etapa, la de las CV aparecidas durante el siglo XXI, presenta novedades significativas, como la complementación de su labor con la de la justicia penal. Destacan en este sentido los casos de Sierra Leona, en que la Comisión coexiste con un Tribunal penal internacional ad hoc, y Perú, donde el recurso a la vía penal ha surgido como efecto de la

⁴ Véase KIM, "Seeking Truth after 50 Years: The National Committee for Investigation of the Truth about the Jeju 4.3 Events", *The International Journal of Transitional Justice* (en adelante, *IJTJ*) 3, 2009, p. 408. Señala el autor que esta Comisión es única en el tiempo de su actuación, pues inició sus labores en 2000 y aún se encuentra operativa más de nueve años después.

⁵ Véase BEATTIE, "An Evolutionary Process: Contributions of the Bundestag Inquiries into East Germany to an Understanding of the Role of the Truth Commissions", *IJTJ* 3, 2009, pp. 230-232. En realidad fueron dos Comisiones sucesivas, que estuvieron operativas en el Parlamento federal durante los periodos de 1992 a 1994 y de 1995 a 1998. Entre las aportaciones de la Comisión, el autor destaca el hecho de haber anticipado el modelo que se manifestó en otros países posteriormente de un funcionamiento complementario de una Comisión de la Verdad y la justicia penal.

⁶ Los comentarios y análisis sobre la CVR sudafricana son legión. Véase como muestra, TUTU, *No future without Forgiveness*, 1999; DALY/SARKIN, *Reconciliation in Divided Societies*, 2007, pp. 5, 71, 97 y 147; DU TOIT, "Las tensiones entre los derechos humanos y la política de la reconciliación: un estudio del caso sudafricano", en DE GAMBOA TAPIAS (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, 2006, pp. 242 y ss.

⁷ La Comisión marroquí para la verdad, la equidad y la reconciliación fue creada por decisión real en 2004. Puede verse el Informe final en español en: <http://www.ier.ma/?lang=es>.

actuación de la Comisión⁸. Como ejemplo más reciente, la creación de la Comisión de la Verdad, Justicia y Reconciliación de Kenya en 2008 va acompañada de la prohibición de una amnistía⁹.

La evaluación de los resultados de las CV ha permitido detectar puntos fuertes y débiles. Un aspecto positivo es su capacidad para fijar un relato común que permita elaborar el pasado y cerrarlo, de modo que la vida social y política no se vea entorpecida por una permanente discusión sobre lo sucedido¹⁰. El relato es a la vez menos detallado y más profundo que el propio de una sentencia penal, pues se extiende hasta las causas y consecuencias de los hechos y a la descripción de los factores de contexto. Todo ello presupone la existencia de un apoyo social a la Comisión y que la misma sea capaz de favorecer un consenso social, para que el proceso de confrontación con la verdad actúe a modo de ejercicio de catarsis colectiva y de purificación y regeneración social. Por otra parte, estos órganos promueven la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos y pueden expresar duelo respecto a las víctimas y reproche respecto a los perpetradores. Esto último se hace efectivo en los casos en que se opta por identificar y señalar expresamente a los responsables de los hechos. En lo que concierne a las víctimas, éstas son escuchadas y tenidas en cuenta y la revelación de lo sucedido puede operar como elemento de reparación moral y facilitar su elaboración psíquica. Ello resulta particularmente oportuno dado el efecto desocializador y culpabilizador de la victimización producida desde el poder, acompañada de un discurso manipulador de la verdad y de denigración de las víctimas, ante lo cual el régimen democrático debe asumir la necesidad de expresar adecuadamente la rehabilitación moral de las víctimas. Por último se reconoce a las CV una capacidad de producir reconciliación y, si las mismas constituyen una vía hacia el perdón, que éste sea en todo caso un perdón sin olvido; y de prevención de futuras atrocidades. Lemas como el “nunca más”, que acompañó la Comisión de investigación de los desaparecidos en Argentina, evidencian que ofrecer garantías de no repetición es uno de los objetivos fundamentales.

Las debilidades de las CV puestas de relieve en la literatura son en gran medida las dificultades que tienen las mismas para cumplir con sus objetivos. Un peligro general consiste en las elevadas

⁸ Véase sobre estos dos últimos casos SCHABAS, “The Sierra Leone Truth and Reconciliation Comisión”, en ROTH-ARRIAZA/MAIEZCURRENA (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, 2006, pp. 21 y ss.; también GONZÁLEZ CUEVA, “The Peruvian Truth and Reconciliation Comisión and the challenge of impunity”, en ROTH-ARRIAZA/MAIEZCURRENA (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, 2006, pp. 70 y ss. En el primer trabajo se aportan aspectos de interés respecto a la complementación entre las labores de la Comisión y el Tribunal. En lo que atañe al Perú, el autor señala, además de los aspectos positivos de la Comisión, que su mayor debilidad estuvo en su incapacidad para diseñar con la debida anticipación una estrategia de persecución, lo que facilitó la existencia de importantes tensiones con el Ministerio público (véase p. 90).

⁹ Se prohíbe en Kenya la amnistía para las graves violaciones de los derechos humanos. Véase la siguiente página web: <http://www.ictj.org/en/where/region1/648.html>.

He elaborado una lista comisiones de la verdad en “Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad”, en TAMARIT (ed.), *Justicia de transición y justicia penal internacional*, 2010 (en prensa). También me he ocupado de aspectos relativos a la justicia de transición en TAMARIT, “Justicia transicional y amnistía”, VV.AA., *Libro homenaje a Tomás Vives*, 2009, pp. .

¹⁰ Véase un elenco de aspectos positivos de las CV en FINDLAY/HENHAM, *Transforming International Criminal Justice*, 2005, pp. 287-288, que ven en ellas un ejemplo de fusión de responsabilidad y reparación.

expectativas que genera su creación, de modo que con frecuencia ello desencadena sentimientos de frustración ante los resultados, dadas las limitaciones en buena parte inherentes a estas comisiones. Además, se advierte sobre el carácter no monolítico de la verdad, la subjetividad y la diversidad de perspectivas y experiencias individuales. Entiendo que ello más que una crítica es un punto de partida. La búsqueda de la verdad no es algo que tenga que ver con la verdad filosófica o el modelo de sociedad. Lo que se busca es un mínimo denominador común respecto a una parte esencial de la historia, un desenmascaramiento que ponga fin a una etapa caracterizada por la ocultación y la sistemática manipulación. Es una verdad democrática, conquistada y emancipadora, no una verdad autoritaria, la que se trata de establecer, compatible con el pluralismo político y cultural y con la libertad de investigación. Una verdad que trata de construirse a partir de la participación y la pluralidad, de los “fragmentos de verdad” que aportan las diversas experiencias individuales, bajo la premisa de que, pese a las limitaciones humanas para acceder a la verdad, la libertad, la pluralidad de fuentes y la participación son caminos más seguros para acercarse a ella que el olvido o el tabú sobre el pasado. Quizás por ello algunas revisiones críticas de las Comisiones de la Verdad cuestionan no tanto el exceso de verdades sino la imposibilidad de que haya suficiente verdad y de que las víctimas y la población pueda obtener respuestas sobre las razones de los perpetradores, sobre la “verdad psicológica”: “ninguna comisión de la verdad”, concluye Daly, “puede explicar de un modo convincente y satisfactorio los misterios de la naturaleza humana, la banalidad del mal”¹¹.

Otra crítica a las CV apunta a su dimensión política, lo que las hace vulnerables al control o a las maniobras tácticas de los gobiernos¹². La clave estaría ahí en el procedimiento establecido para la designación de sus miembros y en las garantías de independencia. También se ha cuestionado la capacidad real de promover responsabilidad, pues lo que a menudo han hecho las comisiones ha sido más bien asegurar y maquillar la impunidad y sacrificar las demandas de justicia a las necesidades de la paz. Asimismo se advierte que la pretensión de expresar y comunicar reproche fracasa en los casos de comunidades segregadas. En el caso de Bosnia, la estigmatización como delincuentes de los infractores serbios por parte de organismos que puedan ser percibidos como “anti-serbios” ha podido incluso conllevar un enaltecimiento de estos ofensores por parte de buena parte de la población serbia que les ha justificado y encubierto. Algunos autores desconfían del efecto preventivo de la verdad¹³, de la pretensión de inducir avergonzamiento en los criminales y de los posibles efectos benéficos para las víctimas, dado el impacto negativo que

¹¹ Véase DALY, “Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition”, *IJTI* 2, 2008, p. 27. Esta crítica, que trae a colación la idea de banalidad del mal de Hannah Arendt, de hecho no revela más que algo obvio y que no puede más que ser asumido, el carácter limitado de la verdad que se trata de establecer. No está entre los objetivos de las CV dar respuesta a esta clase de preguntas y la imposibilidad de dar plena satisfacción a las víctimas es algo que también debe darse por descontado, por lo que no sirve como argumento para descalificar globalmente actuaciones que puedan mejorar su situación o paliar su sufrimiento.

¹² Véase FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 2006, pp. 37-38.

¹³ Véase en este sentido DALY, *IJTI* 2, 2008, quien cita el ejemplo de Ruanda, en que la ola de atrocidades fue posterior a la actuación de la Comisión. Afirma que resulta más eficaz como medio de prevención de futuras violaciones de derechos humanos un programa de educación que la mera investigación y revelación de la verdad.

puede tener para algunas de ellas ser forzadas a recordar hechos traumatizantes¹⁴. También se ha llegado a rechazar, especialmente a partir de la experiencia de Sudáfrica, la idea de la superioridad moral de la reconciliación sobre el castigo, en la que se ha basado la retórica de la verdad¹⁵.

La revisión de las diversas experiencias apunta a la necesidad de evaluarlas caso por caso. En abstracto, las comisiones pueden proveer o negar justicia, cerrar o abrir el paso a la justicia penal, reparar o traumatizar a las víctimas. La comparación puede aportar luces respecto a cuáles son las condiciones bajo las cuales las CV pueden cumplir mejor con sus objetivos. Se ha señalado que son órganos que, una vez se encuentran en funcionamiento, son capaces de sorprender a sus promotores. Un gobierno puede acudir a esta fórmula como vía de escape ante la presión social y finalmente encontrarse ante un proceso que no controla y que le sitúa en una posición todavía más incómoda, que le obliga a adoptar otras decisiones. Las circunstancias de los procesos de transición pueden ser muy diversas. En cuanto a las víctimas, tampoco son éstas un colectivo monolítico. La investigación y la praxis victimológica han revelado que coexisten dos tipologías de víctimas: las que tienen necesidad de recordar para asimilar y superar el trauma y las que optan por una estrategia de afrontamiento y superación basada en el olvido. Esta constatación debe servir para recomendar pautas de actuación que estimulen la participación (mediante, por ejemplo, el desplazamiento de la comisión a las zonas donde se han producido las violaciones) sin imponer, salvo excepciones, una obligación de declarar, además de abordar con especial atención las necesidades de asistencia y protección de las víctimas que colaboren. Dado el carácter masivo de los hechos investigados, la falta de participación de algunas víctimas no supone un obstáculo que impida la investigación con carácter general.

2. Las comisiones de la verdad en el Derecho internacional

La definición de un estatuto jurídico de las CV en el Derecho internacional es una tarea que se encuentra en una fase embrionaria. El Informe "Joinet" (1997) sobre la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos humanos de la ONU, reconoce el derecho a la verdad, la justicia y la reparación y hace referencia a las Comisiones no judiciales de investigación, de las que señala que son creadas por ley y que tienen la obligación de preservar pruebas. Más atención les dedica el Informe del Secretario General "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies" (2004), en el que se afirma que la lista de comisiones sería de más de treinta, a

¹⁴ Véase ROTH-ARRIAZA, en ROTH-ARRIAZA/MAIEZCURRENA, *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, 2006, p. 5.

¹⁵ Véase CROCKER, "Punishment, Reconciliation and Democratic Deliberation", *Buffalo Criminal Law Review* 5, 2002, p. 511. Señala el autor que los partidarios de las soluciones inspiradas en el modelo sudafricano de transición han sobrestimado el efecto restaurador de la amnistía y el perdón y han infravalorado el poder reconciliador que tiene la justicia, reivindicando el valor moral del castigo, para lo que se esfuerza por trazar una diferenciación nítida entre retribución y venganza.

las que todavía habría que añadir algunas creadas con posterioridad¹⁶. El documento acomete una revisión de los Tribunales penales internacionales ad hoc, de los que destaca sus altos costes y las limitaciones que les son inherentes, del mismo modo que revela el hecho de que gran parte de los delincuentes no son condenados. Ante ello el Informe se adentra en el papel de las referidas comisiones, a las que define como “órganos oficiales, temporales no judiciales que investigan patrones de abuso de derechos humanos o derecho humanitario cometidos durante un período de tiempo con un enfoque centrado en las víctimas y que elaboran un informe final de hechos y recomendaciones”. El Informe reconoce los beneficios de las mismas, advierte sobre sus peligros y hace recomendaciones para garantizar su éxito. Asimismo, en sus conclusiones, exige que los acuerdos de paz y las resoluciones y mandatos del Consejo de Seguridad rechacen las amnistías en los casos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad y aseguren que ninguna previa amnistía sea un obstáculo para la persecución ante un Tribunal creado o apoyado por las Naciones Unidas, y que consideren como soluciones válidas de transición las basadas en la creación de comisiones nacionales de derechos humanos.

En cuanto al concepto de verdad, puede sorprender la denominación “orweliana” con la que se caracteriza una expectativa que emerge en contextos de transición, la cual obliga a explicar qué clase de verdad se está tratando de descubrir o construir. Es una idea de verdad vinculada a un derecho individual, que cristaliza en la tríada “verdad, justicia y reparación”, pero que en general es caracterizada como derecho colectivo. El “derecho a la verdad” ha experimentado un amplio desarrollo, de un modo particular en el área latinoamericana, con un papel destacado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión, en el Informe 25/98, estableció el contenido del derecho a la verdad respecto a las graves violaciones de los derechos humanos como algo independiente de la obligación de castigar a los culpables. Este derecho implica una obligación del Estado frente a las víctimas y a la sociedad de investigar los hechos y dar información veraz (la “verdad íntegra”) sobre el resultado de las investigaciones, acerca de cuál ha sido la suerte final de la persona en caso de desaparición, dónde se encuentran los restos o las circunstancias de la muerte, incluido quienes participaron en ella. El derecho a la verdad aparece vinculado con el derecho a la reparación y a la garantía de no repetición: “El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones”¹⁷. En el mismo sentido, la Corte ha declarado que

¹⁶ A este respecto, KIM, *IJTJ* 3, 2009, p. 406, ha señalado que ha habido en 37 países, incluyendo Kenya y las Islas Salomón. Véase también BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en VAN DER MERWE/BAXTER/CHAPMAN, *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, 2009.

Además, por su parte Amnistía Internacional ofrece un catálogo de 32 CV, la última de las cuales es la Comisión de la Verdad de Ecuador (2007), segunda iniciativa similar el país (la primera tuvo lugar en 1996) en la siguiente página web: <http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/truth-commissions>.

¹⁷ Véase el Informe 25/1998 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parágrafo 95. Véase asimismo el Informe 21/2000 de la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que argumenta que el derecho a la verdad y el derecho al duelo derivan de los artículos 8-1 y 25 de la Convención americana de derechos humanos.

el conocimiento de la verdad es un derecho inalienable, un medio de reparación para la víctima y sus familiares y una forma de prevención de violaciones en el futuro¹⁸.

Las reservas ante el concepto de verdad son fácilmente imaginables, especialmente si se atiende a la dimensión colectiva, tanto por lo criticable de la noción misma de “derecho colectivo” (rayana en una *contradictio in terminis*, si se parte de una concepción liberal de los derechos), como por los peligros inherentes a las verdades oficiales. No puede causar sorpresa que las Comisiones de la Verdad hayan brillado por su ausencia en los procesos transicionales de los Estados postsoviéticos, en sociedades vacunadas ante recetas fundadas en la verdad. Pero, con la excepción de la Europa del Este (y aún no de todos los países del área), en la mayoría de procesos transicionales producidos en los últimos treinta años ha habido una CV que ha desempeñado un papel relevante y ello ha tenido que ver con la existencia de una reclamación social de “querer saber”. Debería verse en la afirmación de un derecho colectivo a la verdad la toma de conciencia de que, más allá de los derechos de las víctimas a conocer las circunstancias relativas a sucesos traumatizantes y a elaborar el duelo, conocer y fijar en un relato oficial los graves crímenes del pasado es un interés de la sociedad en tanto que el mismo puede operar como resorte de regeneración moral necesario para crear una cultura democrática y de respeto al Derecho y a las nuevas instituciones¹⁹.

Pastor ha propuesto abandonar la expresión “verdad” y referirse tan sólo a un “derecho a la información”, con el fin de evitar que las CV sean utilizadas o percibidas como proyectos autoritarios, que respondan a una voluntad de “encontrar verdades absolutas buscadas a cualquier precio” y limiten la libertad individual “acerca de cómo quiere cada uno relacionarse con el pasado”. Señala el autor que la verdad, “sobre todo por su naturaleza mitológica, siempre que se la invoca, como en el caso de otros valores tan elevados e indiscutibles (justicia, igualdad, etc.), se quiere encubrir con su autoridad un seguro abuso de lo que se hace con su nombre”²⁰. Sin embargo, la aportación teórica que a mi juicio hay que hacer respecto al derecho a la verdad debe consistir en describir el contexto en el que surge esta demanda social, delimitar el concepto y advertir sobre los riesgos de su manipulación. La demanda de verdad aparece como respuesta al estado de cosas que deriva del trauma social generado por un poder autocrático que oculta las violaciones de los derechos de los individuos y que funda su régimen de terror y opresión en la mentira sistemática. Es una reivindicación ante los “proyectos de olvido” que las dictaduras pretenden implantar²¹. Su caracterización como “derecho colectivo” debe ser entendida como un

¹⁸ Véase, a este respecto, la Sentencia de 4 de julio de 2006, caso “Ximenes Lopes”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹ Véase ampliamente sobre el derecho a la verdad, UPRIMNY YEPES/SAFFON SANIN, “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, en DE GAMBOA TAPIAS (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá 2006, pp. 348 y ss.

²⁰ Véase PASTOR, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en EIROA/OTERO (coord.), *Memoria y Derecho penal*, 2008, pp. 393 y 399.

²¹ Véase MATE, *Justicia de las víctimas*, 2008, pp. 27-28; el autor relata, con referencias al testimonio de Primo Levi, entre otras, como el Holocausto judío en la II Guerra Mundial era un proyecto de olvido, que, pese a la magnitud de la tragedia, fue un proyecto ejecutado pero no consumado.

modo de señalar que la instauración de una “cultura de la verdad” es un elemento imprescindible de la transición de un régimen autoritario a una sociedad democrática²². Pero, al mismo tiempo, respecto a quienes han padecido graves violaciones en sus derechos que han sido silenciadas por el poder o bien justificadas por éste como hechos de algún modo “merecidos” por las víctimas, injuriadas bajo etiquetas tales como la de “enemigos de la patria”, la superación de la mentira representa una forma de “empoderamiento” y de restablecimiento de su estatuto de ciudadanía. En este contexto, no me parece posible ni siquiera deseable renunciar a la carga emotiva que subyace a la reclamación del derecho a la verdad y diluir su contenido en un más aséptico y limitado derecho a la información.

Aceptar que las CV son capaces de desempeñar un papel relevante en los procesos de transición puede responder a una actitud resignada ante la imposibilidad de la justicia penal, bajo el presupuesto de que son la segunda mejor opción imaginable²³. Ya nos hemos referido a las razones por las que la justicia penal en muchas ocasiones no resulta posible o puede comportar grandes riesgos de desestabilización. De todos modos, también cabe ver las comisiones como algo bueno en sí mismo, que puede aportar beneficios que no cabe esperar en general de la justicia penal, pues muchos de los problemas a que ésta debe hacer frente en situaciones de transición son inherentes a la misma²⁴. La doctrina penal y la criminología no dejan de insistir en los inconvenientes de la justicia penal y de denunciar el exceso de confianza en la misma que se profesa desde muchos sectores sociales. La experiencia de las Comisiones de la Verdad que actúan de modo complementario con la justicia penal y que no la excluyen nos debe hacer pensar en que estos beneficios sociales no son menores, sino diferentes o quizás mejores que los que son capaces de producir los Tribunales de justicia. Y no se trata de beneficios ante los que haya que plantearse una renuncia a la justicia, sino que estos órganos también son capaces de ofrecer justicia.

La actuación de las CV puede alcanzar mayor o menor profundidad según los casos, pero lo que nos interesa analizar aquí es en qué ocasiones y bajo qué condiciones esta actuación puede legitimar una renuncia a la persecución penal o soluciones penales atenuadas. Que la justicia penal no es la única forma de justicia parece algo evidente, pero en los últimos tiempos han proliferado teorías y prácticas sobre formas de justicia que llevan a revisar la concepción de la justicia penal o a explorar vías de complementación con ésta. Ello es lo que sucede con las ideas de justicia reparadora o reconstructiva (*restorative justice* o *reconstructive justice*), que se definen

²² Sobre la verdad como requisito de la justicia, véase VALLADOLID BUENO, *Por una justicia posttotalitaria*, 2005, pp. 110-111.

²³ Así ROTH-ARRIAZA, en ROTH-ARRIAZA/MAIEZCURRENA, *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, 2006, p. 3.

²⁴ Por ejemplo, reconoce las ventajas de las CV en comparación con los procesos penales, pese a que cuestione su denominación y señale sus riesgos, especialmente por las imperfecciones de estos procesos como medios de averiguación de la verdad, PASTOR, en EIROA/OTERO (coord.), *Memoria y Derecho penal*, 2008, pp. 392 y ss. También defienden el carácter benéfico de las CV como procesos de espíritu restaurativo frente a los inconvenientes de los procesos penales FINDLAY/HENHAM, *Transforming International Criminal Justice*, 2005, p. 289, aunque éstos acaban auspiciando una transformación de la justicia penal internacional en que ésta se abra a contenidos de carácter restaurativo además de los de tipo retributivo.

como opuestas a las de justicia retributiva o justicia punitiva. La doctrina penal ha desarrollado criterios para sostener que la reparación puede operar como subrogado, al menos parcial, de la pena, en la medida que sirve a los fines de la pena, fundamentalmente la prevención de delitos y la reintegración social a través de la restauración de las relaciones sociales²⁵.

3. Las Comisiones de la verdad ante el Estatuto de la Corte penal internacional

El Estatuto de la Corte penal internacional (en adelante, ECPI) regula en su art. 53 los aspectos esenciales relacionados con las decisiones del Ministerio Fiscal de iniciar un procedimiento ante la CPI o solicitar el enjuiciamiento. El citado precepto abre un amplio espacio al principio de oportunidad, en dos momentos. En primer lugar, permite al Fiscal no iniciar la investigación si considera que la persecución penal sería contraria al “interés de la justicia”. Concretamente, el art. 53-1,c) señala que al iniciar una investigación el Fiscal tendrá en cuenta si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”. En segundo lugar, tras la investigación, el Fiscal puede llegar a la conclusión que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, dado que éste “no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”. En ambos supuestos la decisión deberá ser notificada a la Sala de Cuestiones Preliminares. El Estatuto exige de modo explícito sólo en el segundo caso que la decisión sea motivada, aunque debe entenderse que la motivación debe darse también en el otro caso, dado que las expresiones utilizadas (“razones sustanciales”, “fundamento suficiente”) remiten a una valoración que debe poder ser objeto de control por parte de un órgano jurisdiccional. La competencia atribuida a la Sala de Cuestiones Preliminares, que va más allá de lo que sería propio de un juez o Tribunal de garantías en el modelo acusatorio y refleja los equilibrios en la redacción del Estatuto²⁶, dispensa al poder discrecional del Fiscal un carácter de discrecionalidad reglada e invita a la elaboración de criterios de oportunidad con bases político-criminales racionales que eviten el puro decisionismo político.

Al adoptar la cláusula de los *interests of justice* propia de la tradición jurídica de los países anglosajones, los redactores del Estatuto, después de una intensa discusión sobre la cuestión, optaron por una fórmula que se adapta a las dificultades a las que deberá hacer frente la justicia penal internacional y permite una valoración de los múltiples factores que en la complejidad de las situaciones de transición es necesario ponderar. Existe un escaso desarrollo doctrinal respecto a la interpretación de esta cláusula. Algunos comentaristas se limitan a señalar la necesidad de

²⁵ Véase ampliamente sobre ello TAMARIT/VILLACAMPA, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 2006, pp. 85 y 323-324.

²⁶ El control ejercido por la Sala de Cuestiones Preliminares es especialmente rígido en lo que concierne a la aplicación de la cláusula de los intereses de la justicia, pues el art. 53 permite a la Sala revisar de oficio la decisión del Fiscal y ésta debe ser en todo caso aprobada por la Sala, mientras que en las decisiones de no proceder basadas en otras causas la Sala puede tan sólo requerir al Fiscal que reconsidere su decisión.

esperar al modo en que la Corte vaya a aplicarla en un futuro, el carácter discrecional de la decisión, su vinculación al principio de oportunidad o incluso la dimensión política de la valoración²⁷. Otros autores aluden a situaciones cuya valoración en términos de interés de la justicia resulta discutible o en todo caso de una enjundia mucho menor a las que aquí tratamos, como el riesgo de sobrecarga de asuntos que pudiera padecer el Tribunal o en casos de falta de necesidad de la pena basados en el estado mental del imputado o su elevada edad²⁸. Finalmente, algunos autores advierten sobre la necesidad de ponderar, también en el supuesto en que no lo prevé expresamente el Estatuto (o sea, también en el núm. 1 del art. 53) los cinco criterios del art. 53-2, a saber, la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad o enfermedad del presunto autor y su grado de participación en el crimen²⁹, o a la posibilidad de que la decisión del Fiscal sea consecuencia de una negociación con el acusado en casos de responsabilidad penal menor a cambio de información valiosa para la persecución de los principales responsables³⁰.

Al interpretar el art. 53 ECPI debe tenerse en cuenta la nítida diferencia que establece la norma entre el supuesto de no dar inicio a la investigación y el de no enjuiciamiento. En el primer caso (art. 53-1) se ofrecen dos únicos criterios, la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, mientras que en el segundo caso (art. 53-2) se alude a “todas las circunstancias”, entre las que se citan, además de las dos anteriores, un grupo de criterios relativos al presunto culpable: su edad, enfermedad y grado de participación en el crimen. Estas tres últimas circunstancias sugieren la idea de un adelantamiento de consideraciones que podrían aparecer en la fase de imposición o ejecución de la pena. Pero las dos primeras apuntan más a cuestiones de fondo respecto al fundamento de la persecución -al sentido de la justicia penal- y ello es algo que admite ser teorizado³¹. La CPI no debe ocuparse de supuestos de menor gravedad y, en lo que atañe a los intereses de las víctimas, éstos son esencialmente ajenos a un derecho al castigo de los delincuentes y se corresponden con un derecho a la verdad, la reparación y una justicia que no es necesariamente justicia penal, como luego vamos a desarrollar. La evitación de la impunidad no es en lo fundamental un objetivo vinculado a un interés de las víctimas sino principalmente a la garantía de no repetición. Por esta vía, el Fiscal debe valorar precisamente si ha existido un

²⁷ Véase PLANCHADELL GARGALLO, “El Fiscal ante la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/CARDONA LLORENS (coords.), *La Corte penal internacional. Un estudio interdisciplinar*, 2003, pp. 176-177. Especialmente crítico con esta decisión del texto internacional se muestra PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006, p. 75 (nota 141), quien ve en la “fórmula indescribible” del art. 53-1 ECPI una vía de escape más abierta a la arbitrariedad que a la racionalidad.

²⁸ Véase TURONE, “Powers and Duties of the Prosecutor”, en CASSESE/GAETA/JONES (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary. Volume II*, 2002, pp. 1173-1174; también BERGSMO/KRUGER, “Article 53 - Initiation of an investigation”, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 709 y ss.

²⁹ Véase GÓMEZ COLOMER, “La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/CARDONA LLORENS (coords.), *La Corte penal internacional. Un estudio interdisciplinar*, 2003, pp. 300-301.

³⁰ También GÓMEZ COLOMER, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/CARDONA LLORENS (coords.), *La Corte penal internacional. Un estudio interdisciplinar*, 2003, p. 322.

³¹ Esta es gran medida una labor pendiente, que sin duda se verá favorecida a medida que la Fiscalía y la CPI empiecen a tomar decisiones. Respecto a la gravedad del crimen cabría acudir a un doble criterio cuantitativo y cualitativo; así, SCHABAS, “Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court”, *JICJ* 6, 2008, pp. 731-761.

proceso mediante el cual el Estado ha ofrecido satisfacción razonable a los referidos intereses de las víctimas y en su caso conceder especial atención al caso de que eventualmente se hayan incluso incrementado las expectativas de las víctimas de ver realizados sus derechos. Con todo ello no se agotan los criterios elementales en los que cabe fundar la decisión de perseguir o no perseguir. Los intereses de las víctimas deben ser ponderados con el interés en la prevención de delitos futuros, ponderación que no puede ser soslayada, pues es inherente a la valoración en términos de interés de la justicia.

Están en lo cierto quienes destacan la naturaleza política de la decisión discrecional, aunque tal constatación precisa ulteriores matices. En la cultura jurídica anglosajona, el ejercicio del poder discrecional respecto a la decisión de perseguir por parte del Ministerio público progresivamente se ha ido sujetando a estándares y *guidelines*, y se elaboran listas de criterios referidos a la gravedad del delito, los fines de la pena, las pruebas existentes, la existencia de otras vías de respuesta jurídica o social, las circunstancias del imputado o los medios disponibles para la persecución. Ello deriva de que la discrecionalidad es concebida como condición esencial para la eficiencia y la eficacia de la justicia y la individualización de la respuesta jurídica³². La labor de la dogmática jurídica debe contribuir a evitar que la discrecionalidad derive en arbitrariedad.

La posibilidad de que la decisión de no persecución pueda fundarse en una solución nacional basada en una CV es doctrinalmente discutida. La cuestión se planteó ya en las labores de redacción del Estatuto y fueron desoídas las opiniones partidarias de introducir una referencia a estas comisiones o a las amnistías condicionales³³, pero se optó por adoptar una fórmula excesivamente ambigua en la que quedara abierta una vía para una valoración caso por caso. En un sentido favorable se ha pronunciado Robinson, quien, tras destacar que la CPI debe insistir con carácter general en la persecución de los crímenes internacionales, acepta que en situaciones extraordinarias de transición posteriores a actos de violencia masiva, en las que no resulta posible ni quizás deseable perseguir penalmente a todos los delincuentes, puede ser apropiado un programa según el cual tan sólo se persiga a los criminales con un mayor grado de responsabilidad, aceptando incluso que en situaciones de “drástica necesidad” quepa validar alternativas a la persecución penal incluso de los más altos responsables³⁴. Una tal decisión, que nunca debería basarse en “amnistías en blanco”, podría ser asumida sólo excepcionalmente, previa ponderación de las medidas alternativas adoptadas por el Estado, la cualidad de las mismas y la gravedad de los factores que hacen no realista o contraproducente una política de persecución. En esta ponderación adquieren relevancia los siguientes criterios: a) si la medida ha sido adoptada democráticamente; b) las causas, de orden social, político o económico, en que se funda la necesidad; c) si hay una investigación plena y efectiva de los hechos; d) si la investigación identifica los nombres de los culpables; e) si la comisión cuenta con medios

³² Véase SINGER, *Criminal Procedure II: From Bail to Jail*, 2ª ed., 2008, pp. 33-34.

³³ Significativamente, en este sentido se pronunciaba Sudáfrica.

³⁴ Véase ROBINSON, “Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law* 14(3), 2003, pp. 493 y ss.

suficientes; f) si al menos algunos de los culpables son sancionados, mediante formas de lustración o penas alternativas; g) si las víctimas reciben alguna reparación y pueden sentir que se ha hecho justicia o que se ha cerrado la etapa de las violaciones de sus derechos; y h) si hay un compromiso serio de cumplir con las obligaciones internacionales relativas al respeto de los derechos humanos.

Por otra parte, Robinson sostiene la viabilidad de una segunda vía legal mediante la que cabe validar las CV como alternativa a la responsabilidad penal internacional, en los casos en que el Fiscal haya optado por la persecución, que es la aplicación del art. 17 ECPI, que concreta el principio de subsidiariedad mediante la regulación de los supuestos en los que la Corte resolverá que un caso es inadmisibile, entre los que la letra b) prevé que “el caso haya sido investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo y el Estado haya decidido no perseguir a la persona afectada, salvo que la decisión derive de la falta de voluntad o de la incapacidad del Estado para perseguir”. El quid de la cuestión estriba en si la investigación a que se refiere la norma debe ser entendida en sentido estricto, como investigación penal³⁵, o si es posible una interpretación más abierta, en la que cabría también aceptar aquellas investigaciones dirigidas a establecer la verdad llevadas a cabo con ciertas condiciones, como su carácter “cuasi-judicial”, independencia del órgano, efectividad, necesidad, vocación de hacer justicia y no de ofrecer impunidad, etc.³⁶ En último término resulta determinante la valoración que se haga sobre si la investigación responde a una falta de voluntad o a la incapacidad del Estado para perseguir penalmente los crímenes, pues en tal caso es donde estaría llamada a intervenir la CPI.

La redacción de los criterios de supervisión y valoración ha recibido críticas por su “carácter subjetivista” y poco respetuoso con la seguridad jurídica, dado que se pide a la Corte que valore la intención subyacente a la actividad o inactividad del Estado, aunque en todo caso la norma debe ser interpretada a partir de los fines de la Corte, el respecto a la actuación preferente de la jurisdicción nacional y la evitación de la impunidad³⁷. En los supuestos de incapacidad se incluirían los casos de *failed State* (Estado fallido), a los que se ha planteado que serían asimilables las situaciones de “colapso sustancial” de las instituciones³⁸. La mayoría de supuestos en los que se han creado Comisiones de la Verdad es difícil poder hablar de un vacío institucional o de un tal colapso, por lo que la cuestión clave sería considerar si el recurso a una CV ha sido utilizado por las autoridades como mecanismo para impedir la justicia penal o como medio para maquillar

³⁵ Sostiene esta interpretación restrictiva HOLMES, “The Principle of Complementarity”, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999. El autor interpreta que las normas sobre el principio de complementariedad se refieren tan sólo a investigaciones penales y expresamente considera excluidas las comisiones de la verdad.

³⁶ Véase en este sentido ROBINSON, *European Journal of International Law* 14(3), 2003, pp. 501-502.

³⁷ Así, LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte penal internacional*, 2001, p. 164; también FAKHOURI GÓMEZ, “La competencia de la Corte penal internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control”, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÀ, *Derecho penal y política internacional*, 2005, pp. 117-118.

³⁸ Véase, al respecto, APONTE, “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del 'proyecto de alternatividad penal' en el caso colombiano”, en AMBOS/MALARINO/WOISCHNIK (eds.), *Temas actuales de Derecho penal internacional*, 2005, pp. 133-134.

la falta de voluntad de proveer justicia, hipótesis bien plausible en algunos casos pero alejada de la realidad en otros³⁹.

La idea de necesidad ha dominado en algunas construcciones doctrinales elaboradas en el área germánica. Según Werle, la renuncia a la sanción penal puede ser legítima desde el punto de vista del “estado de necesidad”. Como ejemplo alude a los casos en que “sólo sea posible finalizar una guerra civil con el precio de una renuncia a la sanción penal”. Respecto a los criterios para admitir una amnistía se limita a constatar su dificultad, señalando, en relación con las CV, que habrá que probar caso por caso ante la CPI una renuncia a su intervención con base en el art. 17-1 b) ECPI⁴⁰. En una dirección parecida, Ambos sostiene que, a pesar de la flexibilidad que rige en las normas de persecución penal internacional, la regla no puede ser otra que la prohibición de la impunidad para crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra, regla que sólo puede admitir excepciones en caso de “emergencia nacional extrema”, cuyas condiciones deben definirse de forma restrictiva⁴¹. No obstante, la posición de Ambos, a diferencia de las anteriormente comentadas, resulta especialmente limitadora de la excepción a la perseguibilidad, pues a lo sumo admite la posibilidad de una “suspensión temporal” de las acciones penales al amparo del art. 16 del ECPI, pero no a una renuncia definitiva a la pena⁴².

Respecto a la aplicación de la citada cláusula poco puede decirse por el momento. En 2005, la Fiscalía buscó el consejo de las ONG sobre la interpretación del concepto de “interés de la justicia”. La Fiscalía estaba particularmente interesada en oír sus puntos de vista sobre la importancia de la seguridad y estabilidad en relación con la decisión de comenzar o no una investigación o de proseguir con un enjuiciamiento. Entidades como Amnistía Internacional o Human Rights Watch recomendaron una interpretación restrictiva del concepto y la oficina de la Fiscalía dio a conocer en septiembre de 2007 un documento en el que se subraya la naturaleza excepcional de la cláusula y que debe regir una presunción favorable a la investigación y a la persecución, debiendo definirse los criterios para su ejercicio desde los fines de la CPI, que son la prevención de los delitos más graves que afectan al conjunto de la comunidad internacional y la evitación de la impunidad. El documento de la Fiscalía traza una distinción entre “intereses de la justicia” e “intereses de la paz”, advirtiendo que no le compete velar por estos últimos, posición criticada por no responder esta distinción al espíritu ni a la letra del Estatuto⁴³. La Fiscalía también ha querido conocer opiniones respecto a la disponibilidad de alternativas apropiadas para el enjuiciamiento y sobre el contenido mínimo de estos mecanismos para satisfacer el principio de subsidiariedad. En todo caso, la prohibición de las amnistías generales es hoy una

³⁹ Véase a favor de las CV como forma de justicia más efectiva, destacando las dificultades de la justicia penal, FINDLAY/HENHAM, *Transforming International Criminal Justice*, 2005, pp. 289-291. Los autores destacan el rechazo recibido en Ruanda y Timor Leste de la justicia penal, así como el apoyo a mecanismos restaurativos.

⁴⁰ Véase WERLE, *Tratado de Derecho penal internacional* (trad. Mar Díaz Pita), 2005, pp. 136-137.

⁴¹ AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, 2006, pp. 30-31.

⁴² Véase AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, 2006, *passim*. Prevé el art. 16 ECPI que el Consejo de Seguridad pida a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, en cuyo caso la Corte procederá a esa suspensión.

⁴³ Véase SCHABAS, *JICJ* 6, 2008, p. 749.

norma reconocida en el plano internacional y la cláusula no puede amparar acuerdos domésticos de amnistía dirigidos a eliminar la competencia de la CPI⁴⁴, sino que el Fiscal deberá poder argumentar, en una hipotética decisión de no perseguir, que se cumplen las exigencias mínimas que permitan concluir que el Estado ha desplegado una actuación dirigida a proveer justicia.

Está por ver en qué modo y hasta qué punto la CPI podrá validar métodos alternativos de justicia, que pueden en algunos casos tener carácter local y que también pueden responder a criterios teóricamente desarrollados con una pretensión global. Como formas locales de justicia se han examinado, por ejemplo, las ceremonias tradicionales de reconciliación conocidas como *mato oput* en Uganda. Estas alternativas podrían cumplir con los objetivos de retribución, disuasión, expresión (*expressivism*) y justicia reparadora, por lo que serían aceptables por el CPI si están canalizadas a través de una CV y consiguen un efectivo resultado pacificador⁴⁵. Mayor atención han recibido los procesos *gacaca* en Ruanda, establecidos con el propósito de satisfacer la necesidad de justicia incorporando elementos de tipo comunitario y restaurativo, sin prescindir de contenidos punitivos en los que se combinaban penas de prisión, obligaciones de reparar y formas de servicio comunitario para los condenados⁴⁶. Otras opiniones han sostenido que cualquier solución debe estar condicionada al cumplimiento de las tres obligaciones mínimas del Estado: satisfacer el derecho a la verdad y a la justicia a través de investigaciones serias, independientes y exhaustivas, permitir el ejercicio de estos derechos mediante recursos judiciales efectivos y reparar el daño causado⁴⁷.

Las soluciones nacionales que tratan de dar satisfacción a las exigencias de justicia en términos realistas pueden adquirir muy distintos perfiles, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Entre otras consideraciones, la CPI deberá tener en cuenta si se trata de una transición en la que el régimen autocrático o el conflicto ya ha cesado o si la fórmula de justicia transicional trata precisamente de favorecer la transición, especialmente cuando hay un conflicto vivo y es necesario ofrecer una salida aceptable a grupos todavía beligerantes. De especial interés resulta por ello el caso colombiano, cuya Ley de Justicia y Paz (2005) busca la desmovilización de grupos

⁴⁴ Véase KOURABAS, "A Vienna Convention Interpretation of the 'Interests of Justice' Provision of the Rome Statute, the Legality of Domestic Amnesty Agreements, & the Situation in Northern Uganda: A 'Great Qualitative Step Forward', or a Normative Retreat?", *U. C. Davis Journal of International Law & Policy* 14, 2007, p. 59.

⁴⁵ Véase en este sentido KELLER, "The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court", *Hague Justice Journal* 3(1), 2008, p. 12; artículo disponible para su consulta online en la siguiente página web: <<http://ssrn.com/abstract=1340720>>. Véase también de la misma autora KELLER, "Achieving Peace With Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law* 23(2), 2008, p. 209; artículo disponible para su consulta online en la siguiente página web: <<http://ssrn.com/abstract=1018539>>.

⁴⁶ Véase, entre otros autores, FINDLAY/HENHAM, *Transforming International Criminal Justice*, 2005, p. 288, quienes consideran que las soluciones restaurativas han sido más favorables para las comunidades que las retributivas.

⁴⁷ Véase BOTERO MARINO, "Derecho penal internacional y justicia de transición", en DE GAMBOA TAPIAS (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, 2006, pp. 304 y ss. La autora tiende a aceptar en primer lugar la posibilidad de una renuncia a la persecución penal internacional con base en el art. 53 ECPI si se cumplen una serie de condiciones relativas a la obligación de satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, pero en el desarrollo de la segunda obligación se hace eco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al deber del Estado de investigar judicialmente las violaciones de derechos humanos.

responsables de violaciones masivas de derechos humanos mediante un trato penal favorable, pero sin renunciar a exigencias de justicia (incluso penal, mediante el recurso a una “pena alternativa” que puede llegar hasta los ocho años de cárcel), verdad y reparación. El análisis de la forma en que se haya aplicado efectivamente esta Ley determinará en su caso el criterio que eventualmente pueda adoptar la Fiscalía o la propia CPI respecto a que se han cubierto razonablemente las expectativas de justicia⁴⁸.

4. ¿Justicia o Justicia penal?

El principio de la lucha contra la impunidad se ha venido imponiendo en el Derecho internacional, tal como refleja una variedad de documentos aprobados por diversos órganos de las Naciones Unidas o la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹, que concluye que las decisiones que eximen de responsabilidad penal a los perpetradores violan el derecho de las víctimas a la justicia. Esta tendencia, asumida acríticamente o con militante convencimiento por la doctrina dominante, ha sido duramente cuestionada por Pastor. Según el autor, la ideología de la lucha contra la impunidad se inspira en una concepción de corte neopunitivista, orientada hacia la “punición infinita”. La creación de la CPI, pese a suponer una mejoría en comparación con los Tribunales ad hoc, representaría la creación de un poder penal internacional incompatible con la cultura penal universal desarrollada a partir de la Ilustración, caracterizado por una debilidad fundamental de las garantías jurídicas y profundamente injusto al no estar integrado en un orden mundial democrático⁵⁰. Se ve así en la Corte un instrumento concebido más para condenar que para juzgar y como expresión de un mundo injusto en el que los países centrales prestan a los países subdesarrollados el servicio de una justicia penal muy imperfecta, al tiempo que les niegan otras formas de justicia y solidaridad⁵¹.

Las críticas a la ideología de la lucha contra la impunidad y a la posición punitivista de las organizaciones activistas en favor de los derechos humanos resultan en mi opinión convincentes y pertinentes, en la medida que nos advierten ante algunas de sus exageraciones o ante los riesgos de que algunos postulados acaben por contaminar el resto del Derecho penal. En la era del expansionismo punitivo cualquier llamada a la contención puede resultar de entrada

⁴⁸ La Corte constitucional colombiana confirmó en 2006 la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, aunque anuló algunos aspectos en los que los derechos a la justicia, la verdad y la reparación quedaban suficientemente garantizados. Puede consultarse el texto íntegro de la Ley y de la Sentencia en la web de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en la siguiente página web: <http://www.cnrr.org.co/ley_jus_paz.htm, última visita: 10/12/2009>.

Véase también, al respecto, CORTÉS RODAS, “Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional”, en DE GAMBOA TAPIAS (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, 2006, pp. 88 y ss.

⁴⁹ Una referencia imprescindible es la Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154) que condena al Perú por no haber castigado violaciones de derechos humanos. Hay otras sentencias, como la referida a México del año 2009.

⁵⁰ Véase PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006, pp. 75 y ss.

⁵¹ Véase PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006, pp. 87 y ss.

bienvenida. La fe en lo punitivo es una nefasta terapéutica social ante la tragedia⁵². Sin embargo, la crítica resulta desmesurada en varios aspectos, pues no toma en debida cuenta que el contexto en el que emerge la reivindicación de acabar con la impunidad es el de la secular falta de reacción ante las violaciones graves y masivas de derechos humanos cometidas desde el poder en regímenes no democráticos o con graves déficits democráticos. Efectivamente el ECPI, quizás con excesivo entusiasmo, proclama este ideal como uno de los principios inspiradores de la CPI, al afirmar en el Preámbulo que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y que hay que “poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Pero se incurre en exceso al denunciar que lo buscado es la “punición absoluta” cuando a lo que en realidad puede aspirarse es a conseguir algo de justicia ante una situación de “impunidad absoluta” y en todo caso a mejorar los más que imperfectos y torpes remedios de que hasta el momento disponía el Derecho internacional⁵³. La postura de Pastor, brillantemente defendida, es débil por cuanto parte de una radical dicotomía entre el Derecho y la ética, ignora por completo o menosprecia el papel de los intereses de las víctimas en la política criminal contemporánea⁵⁴, no aborda debidamente las relaciones entre la justicia penal y otras formas de justicia y no aporta una alternativa viable, sin considerar seriamente el papel que pueden desempeñar las Comisiones de la Verdad o soluciones semejantes de carácter nacional.

En la doctrina española, Silva Sánchez alerta sobre el peligro de que se esté introduciendo una inversión de los principios fundamentales del Derecho penal, mediante la imposición de una expectativa de *nullum crimen sine poena*⁵⁵. El autor, siguiendo a Pastor, ve un riesgo en las doctrinas contra la impunidad, que podrían acabar extendiendo su espíritu a ámbitos distintos a los propios de la criminalidad estatal o paraestatal, consolidándose así un modelo penal caracterizado por el debilitamiento de garantías, mediante la tendencia hacia la imprescriptibilidad o a la relativización del principio *non bis in idem*. Por otra parte, en cuanto al derecho de la víctima a la justicia, traza una distinción, a mi juicio no suficientemente clarificadora, entre un “derecho al proceso”, un derecho al reproche penal del autor y un derecho al castigo, que le lleva a legitimar soluciones exoneradoras basadas en el perdón: “Desde un

⁵² En TAMARIT, *La tragedia y la justicia penal. Casos Penales en el teatro y la ópera*, 2009, p. 46 he sostenido que el Derecho debe romper el círculo de lo trágico y dar preferencia a formas de catarsis social no punitivas ante la tragedia.

⁵³ La crítica de Pastor a la “soberbia ética” del poder internacional que defiende verdades como la del “ciudadano universal” o a la actitud de las potencias hegemónicas que se contentan con emprender juzgamientos humanitarios ante calamidades consumadas al tiempo que omiten promover las condiciones necesarias para erradicar las injusticias del mundo tiene una dimensión demagógica pues soslaya que, como señala Roperero, la legitimidad de las metas no depende del grado de su consecución en la práctica. Véase, al respecto, ROPERERO CARRASCO, “La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el derecho penal más allá de los crímenes internacionales”, en CUERDA RIEZÚ/JIMÉNEZ GARCÍA, *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, 2009, pp. 268-269.

⁵⁴ Sólo en una falta de atención al cambio de perspectiva que supone la irrupción de las víctimas puede fundarse (así, PASTOR, *El poder penal internacional*, 2006, p. 76) su tesis de la continuidad entre la categoría del crimen de “lesa majestad” y el, sin duda deficientemente caracterizado, crimen de “lesa humanidad”.

⁵⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, “*Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, pp. 27 y ss.

punto de vista idealista [...] puede sostenerse perfectamente que el perdón, en tanto que manifiesta el hecho injusto y la responsabilidad por éste, al tiempo que los elimina, constituye un equivalente funcional de la pena⁵⁶. Señala Silva Sánchez que echa de menos en los pronunciamientos favorables al derecho al castigo referencias al sentido de la pena que vayan más allá de una mentalidad retributiva. Con ello pasa por alto que la necesidad de sancionar los crímenes internacionales ha estado asociada ya muy tempranamente con necesidades preventivas⁵⁷ y que, en la actualidad, el propósito de evitar la impunidad está vinculado, en la mayor parte de ocasiones en que resulta proclamado este principio por parte de órganos jurisdiccionales o intergubernamentales de protección de derechos humanos, a la garantía de no repetición. Además, no puede prescindirse, una vez más, del contexto en el que se proclama este principio, que no surge del miedo a que quede sin castigo un delito porque no hayan podido ser castigados sus autores por circunstancias tan sólo relativas al caso o por dificultades relativas a la persecución de determinada clase de delitos, sino al deseo de evitar la impunidad como mal crónico, en un sector de la criminalidad -la realizada o auspiciada desde el poder y con carácter sistemático- más sensible que otros a la eficacia preventiva de la aplicación del Derecho penal⁵⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La Cantuta”, ha señalado que los graves crímenes cometidos en Perú por parte de elementos estatales “se vieron además favorecidos por la situación generalizada de impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos que existía entonces, propiciada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar las sistemáticas violaciones de derechos humanos”. Ante tal situación, “el Estado está obligado a combatir la situación de impunidad que impera en el presente caso por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares⁵⁹. El hecho que la Corte además afirme en este caso que las labores de la CVR e incluso la publicación de sus conclusiones no agotan el deber del Estado ante las víctimas, pues éste debe buscar la verdad también a través del proceso penal, en el que deben ser además determinados los responsables y castigados penalmente, es aquí algo que puede y debe ser cuestionado, aunque debería evitarse ver en el pronunciamiento de la Corte una doctrina extrapolable de modo automático a otros casos, pues no puede olvidarse la singularidad de la situación del Perú⁶⁰ y sus diferencias con otros procesos más propiamente “transicionales”. En todo caso, sentencias de este tipo no deben ser utilizadas para extraer de su contexto la

⁵⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, p. 34.

⁵⁷ Véase, a este respecto, AMBOS/STEINER, “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, en AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, 2006, pp. 71-73, con referencias a la posición de Jescheck en los años cincuenta y a sentencias de los Tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda, críticamente en la medida que éstos parcialmente conceden en algunas sentencias un rol preponderante a la idea de retribución.

⁵⁸ La objeción de Jiménez de Asúa a la capacidad preventiva de la pena (nadie inicia una guerra si piensa que va a perderla) es válida ante las situaciones de guerra, en las que básicamente pensaba en ese momento, claro está, el penalista. Pero lo es menos en las atrocidades cometidas por regímenes no democráticos establecidos.

⁵⁹ Véase la Sentencia de 29 de noviembre de 2006, caso *La Cantuta v. Perú*.

⁶⁰ Deben resaltarse las deficiencias en el funcionamiento de la CVR y que ésta dio lugar a la apertura de procesos penales (véase *supra* nota 8).

“ideología” de la lucha contra la impunidad, básica en el activismo internacional a favor de los derechos humanos.

La tríada “verdad, justicia y reparación” no debe aparecer necesariamente vinculada al proceso penal, pues estos objetivos pueden ser alcanzados por otras vías. En este sentido hay que asumir las opiniones que destacan las limitaciones del proceso penal como medio para alcanzar la verdad y las críticas a los llamados “procesos de la verdad”, o sea, aquellos casos en los que se impulsan procesos penales a sabiendas de que los mismos no pueden dar lugar a condenas, siendo meramente utilizados al servicio de la revelación de la verdad⁶¹. Pero no puede desconocerse que si el Estado no ofrece otros mecanismos mediante los cuales se pueda dar respuesta a la demanda social de verdad, la presión social sobre el sistema penal será inevitable. El proceso penal entraña grandes paradojas respecto a la verdad. Por una parte suscita altas expectativas, probablemente vinculadas a su dimensión simbólica, en la que los elementos de poder y sufrimiento son determinantes, amén de resultar por lo general atractivo, como bien saben los abogados, por los poderes superiores del juez penal respecto a otros órganos jurisdiccionales para la obtención de pruebas. Sin embargo, al estar orientado hacia la resolución de la incógnita respecto a la culpabilidad o inocencia del imputado y estar inevitablemente condicionado por la posición central que ocupan las garantías de éste, no resulta una opción viable si el culpable ha fallecido, está incapacitado mentalmente o no puede ser aprehendido (casos que no hacen desaparecer el derecho a la verdad frente al Estado), y tiene las limitaciones a la averiguación propias de las reglas de la prueba; además de representar un espacio incómodo para la víctima. En este sentido, el derecho a la verdad puede en muchos casos verse realizado mejor mediante un proceso no penal pero que tenga aspectos cuasi-judiciales en lo tocante a los poderes de investigación.

Las CV pueden resultar validadas a partir de los fines de la pena. Ambos y Steiner han sostenido, al respecto, que podrían tener un efecto disuasorio en el sentido de la prevención integradora, hasta el punto de que la imposición y ejecución de la pena podría llegar a ser superflua, si los criminales son identificados y se les impide que puedan desempeñar responsabilidades en el nuevo régimen, aunque estos autores advierten que la posibilidad de renunciar a la sanción penal es limitada y que en muchos casos la respuesta punitiva tiene mayor capacidad de reparar a las víctimas y a la sociedad⁶². La elaboración teórica producida sobre la articulación entre la justicia reparadora y el sistema penal puede prestar aquí un ulterior rendimiento⁶³. Un proceso en el que

⁶¹ Así, PASTOR, en EIROA/OTERO (coords.), *Memoria y Derecho penal*, 2008, pp. 328-329, pp. 344-345 y pp. 358-360 se ha mostrado crítico ante los “procesos de la verdad” llevados a cabo en Argentina.

⁶² Véase en este sentido AMBOS/STEINER, en AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, 2006, pp. 75-76. En realidad los autores plantean tanto las ventajas que en este punto pueden ofrecer las CV como lo contrario, reflejando la dificultad de establecer un criterio único para todos los casos, más allá del rechazo de las vías burdas hacia la impunidad.

⁶³ También en la respuesta a la objeción de AMBOS/STEINER, en AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, 2006, pp. 71 y ss. respecto a los riesgos de las comisiones de la verdad para el derecho a un juicio justo si una declaración voluntaria de un sujeto en un órgano no judicial es después utilizada como prueba en un proceso penal en su contra, pues cabría aplicar las soluciones propuestas con carácter general para la articulación entre los

el infractor reconoce los hechos y asume su responsabilidad y adopta una actitud reconstructiva orientada a pedir una disculpa, reparar el daño y solicitar su reintegración en la comunidad⁶⁴ puede cumplir con buena parte de las expectativas propias de la justicia penal, actuando como subrogado, al menos parcial, de la pena⁶⁵. No se olvide, sin embargo, que no es el mero perdón lo que puede servir a los fines de la pena⁶⁶, sino el proceso interactivo, comunicativo, mediante el que la sociedad expresa reproche, recibe y favorece reparación y reintegra a todas las personas involucradas en el conflicto. Verdad, reparación y justicia aparecen pues como dimensiones de un mismo fenómeno. Proveer verdad, que implica censura y reparación moral, y proveer reparación y reintegración supone proveer justicia. La justicia reparadora, reintegradora y pacificadora es “justicia de las víctimas”⁶⁷ pero es a la vez justicia “preventiva”, pues restaura (o, en un contexto de transición más bien “instaura”) la confianza social en la vigencia de la norma.

Una respuesta inspirada en la justicia restaurativa, combinada con medidas de indemnización pública y, en su caso, de razonable y proporcionada “depuración socialmente reintegradora”, es probablemente la solución más adecuada para los ejecutores materiales de las violaciones de derechos humanos, que en muchos casos habrán sucumbido a la manipulación del régimen o pueden haberse encontrado en circunstancias personales difíciles, además de representar cantidades ingentes de personas a las que hay que reintegrar a la sociedad. En cuanto a los principales autores intelectuales situados en la cúspide del régimen la fundamentación de una eventual renuncia a la respuesta penal debe discurrir, como se ha podido ver anteriormente, por otras vías.

procesos de justicia restaurativa y el sistema penal, basadas en la estricta separación de los dos procesos y la invalidez como prueba en el proceso judicial de las manifestaciones efectuadas por los intervinientes en el proceso reparador.

⁶⁴ Sobre la vinculación entre justicia reparadora y reintegración del ofensor, véase BAZEMORE/O'BRIEN, “The quest for a restorative model of rehabilitation: theory-for practice and practice-for-theory”, en WALGRAVE (ed.), *Restorative Justice and the Law*, 2002, pp. 35 y ss.

⁶⁵ Véase TAMARIT, “La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española”, *Revista General de Derecho penal*, 2007, pp. 12-13, en que se advierte la necesidad del reconocimiento del hecho por el autor como condición indispensable para la validez del efecto atenuante de la reparación. Un desarrollo sobre el “valor de acción” y el “valor de resultado” de la reparación, como fundamento de su relevancia atenuante, puede verse en GARRO CARRERA, *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española*, 2005, pp. 261-262.

⁶⁶ Contrástese con SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, p. 34: “Desde un punto de vista idealista del que, en amplia medida, participan las teorías de la prevención general positiva, puede sostenerse perfectamente que el perdón, en tanto que manifiesta el hecho injusto y la responsabilidad por éste, al tiempo que los elimina, constituye un equivalente funcional de la pena [...]. Pero no es necesario participar de esa perspectiva filosófica para poner de relieve que, como el castigo, también el perdón puede poner fin a la irreversibilidad de la conducta reprobable”. En mi opinión, este planteamiento tan sólo resulta válido respecto a los “perdones condicionados” (en la terminología empleada para referirse a la CVR sudafricana). No es propiamente el perdón sino el “hecho previo”, el comportamiento de vuelta al Derecho del infractor, de reparación seria, unida a un proceso comunicativo en el que se exprese reproche y voluntad de reintegración, el que puede actuar como *actus contrarius* funcionalmente equivalente a la pena.

Fundamental sobre el perdón en el contexto de la justicia de transición IBÁÑEZ FANES, *Antígona y el duelo*, 2009, pp. 209 y ss.

⁶⁷ En el sentido en que lo expresa MATE, *Justicia de las víctimas*, 2008, pp. 38-40.

La agregación de los dos conceptos “reproche” y “reintegración” a la tríada “verdad, justicia y reparación” requiere una ulterior explicación. Como se ha dicho, no se trata sino de dimensiones de un mismo fenómeno. Cabe afirmar, bajo ciertas condiciones, que puede haber justicia para las víctimas sin castigo del infractor, pero no es posible sostener que haya justicia sin reproche⁶⁸. Al censurar la conducta del autor mediante mecanismos legitimados y normativizados y con capacidad de comunicación eficaz, la víctima puede reequilibrarse psíquicamente, superando sus sentimientos de culpa y de agravio, y ver fortalecida su participación social. Asimismo, el reproche, junto con la reintegración de la víctima y del ofensor, es condición necesaria de la reparación, pues de otro modo no cabe reparar, además del daño económico, el daño moral y el daño político⁶⁹. La recuperación para la sociedad de las víctimas y de los perpetradores no puede hacerse desde una retórica de la reconciliación nacional basada en el olvido, en la que se perpetúe la invisibilidad de las víctimas, o fundada en la presunción de que “todos fuimos culpables”, pues ello, al no responder a las legítimas y razonables expectativas de justicia de las víctimas, no tiene capacidad de inducir una reintegración y una superación real de la fractura social, que no puede ser conseguida ni a través del Derecho penal (pues ni el puro restablecimiento del orden legal abstracto ni el sufrimiento del autor tienen un poder taumatúrgico) ni mediante estrategias basadas en la impunidad y el olvido⁷⁰.

5. Una justicia de calidad para las comisiones de la verdad

La consolidación de las CV como fórmula válida de justicia de transición y su capacidad para surtir los efectos jurídicos aquí comentados exige esfuerzos dirigidos a mejorar su funcionamiento y una especial preocupación por el aseguramiento de la calidad de las garantías procedimentales. Las iniciativas dirigidas al intercambio de experiencias y las evaluaciones son pasos adecuados hacia este objetivo⁷¹, pero una de las cuestiones clave desde el punto de vista de la teoría y la práctica jurídica es la elaboración de unos estándares procesales que permitan que las comisiones puedan ser tomadas en serio como forma de hacer justicia. Entre los aspectos a abordar hay muchos en los que son evidentes las diferencias con un proceso jurisdiccional, pero también la necesidad de limitar los riesgos que de ello puedan derivarse para los derechos subjetivos y la calidad de la investigación misma. Así, cabe destacar: a) el acceso a las víctimas y todo lo relacionado con éstas, así la comunicación, la asistencia y el carácter voluntario de su participación; b) los supuestos y los límites con los que cabe admitir declaraciones por escrito o denuncias anónimas; c) la posibilidad de que la Comisión tenga poderes para ordenar la comparecencia y la conducción de personas, la realización de registros u otras actividades dirigidas a la obtención de pruebas (la excavación de fosas, por ejemplo) o la incautación cautelar

⁶⁸ Me he referido al sentido del reproche en el juicio de culpabilidad en TAMARIT/VILLACAMPA, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 2006, pp. 385-389.

⁶⁹ MATE, *Justicia de las víctimas*, 2008, p. 40 caracteriza el “daño político” como el daño que supone la negación de la ciudadanía de la víctima.

⁷⁰ Véase en este sentido MATE, *Justicia de las víctimas*, 2008, pp. 57-58. Sostiene el autor que si todos somos culpables ya no tiene sentido hablar de víctimas.

⁷¹ Deben tenerse en cuenta en este sentido, por ejemplo, las labores del “Grupo de Afinidad” creado en 2004 en el Centro internacional de Justicia Transicional, que ha realizado encuentros de intercambio de experiencias entre miembros de diversas comisiones. Véase, al respecto, la siguiente página web: <www.ictj.com>.

de bienes (algunas comisiones los tienen mientras que en otros casos deben requerir la cooperación del poder judicial); d) el derecho a ser oído y a responder por parte de las personas a las que se atribuye responsabilidad por los hechos; e) el carácter público de las sesiones o al menos de algunas de ellas, pues con ello se puede dar cumplimiento a los objetivos de comunicación que dan sentido a las comisiones; f) la previsión de formas de participación en el proceso que den entrada a las ONG; g) el estándar probatorio; h) el derecho de recurso de todas las personas que pueden resultar afectadas por las actuaciones de la comisión, especialmente por la publicación de los resultados; e i) los contenidos mínimos de las conclusiones y recomendaciones finales y la forma de dar publicidad a las mismas⁷².

Algunos de los aspectos más delicados son los que tienen que ver con los derechos de las personas investigadas por su responsabilidad en la comisión de los hechos. Se ha discutido si la comisión debe “nombrar nombres”, como se ha hecho en algunos casos, aunque no en todos. La identificación de las personas responsables de los crímenes es uno de los contenidos fundamentales del “derecho a saber”, que se ve inevitablemente defraudado si tras las labores de la comisión ésta no comunica la información respecto a quienes han sido los responsables, en sus diversos grados y con los debidos matices, incluso en caso de que los mismos estén en paradero desconocido o muertos, lo cual es una de las diferencias con el proceso penal convencional. Otro argumento a favor de nombrar nombres es que con ello se protege a las víctimas o a otros ciudadanos frente a posibles acciones judiciales por calumnia o difamación que pudieran presentar quienes sean públicamente acusados de la comisión de delitos. Además, éste es uno de los elementos que permiten considerar que se cumple con uno de los contenidos propios de la justicia penal, cual es la expresión y comunicación de reproche. Sin embargo, precisamente por esta razón la publicación de nombres tiene un impacto en el honor de los afectados, lo cual obliga a reconocerles el derecho de recurso, que, a no ser que no haya sido posible una reforma efectiva del sistema judicial, debe darse ante una instancia jurisdiccional. En cuanto al estándar probatorio, es obvio que el mismo no podrá definirse en términos homologables a los del proceso penal, donde impera, al menos en la tradición anglosajona, la exigencia de que el hecho haya sido probado “más allá de toda duda razonable”, pues el principio de proporcionalidad demanda moderar las exigencias al no ser la consecuencia de la prueba la imposición de penas. Freeman ha sugerido la conveniencia de acudir, como estándar mínimo para atribuir responsabilidad individual, a la “ponderación de probabilidades”⁷³. En cualquier caso, una de las garantías exigibles es la necesidad de motivación y cabe prever la posibilidad de que la Comisión establezca con precisión y de modo diferenciado el grado de prueba sobre cada uno de los hechos sobre los que se pronuncia⁷⁴.

⁷² Véase un desarrollo de estas cuestiones en FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 2006, pp. 159 y ss.

⁷³ Véase aquí también FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 2006, p. 284. El autor agrega que podría ser conveniente una superior exigencia cuando la mayor parte de la investigación se ha desarrollado de modo confidencial, no hay posibilidad de réplica por parte del investigado o las consecuencias para la persona nombrada puedan ser especialmente gravosas.

⁷⁴ Esto fue lo que hizo la Comisión de la Verdad de El Salvador, que distinguió entre “prueba absoluta”, “prueba sustancial” y “prueba suficiente” y en este último supuesto evitó atribuir responsabilidades individuales.

6. Conclusiones

Las CV son órganos a través de los cuales pueden darse respuestas válidas a las demandas de verdad, justicia y reparación surgidas en los contextos de transición. Sin embargo, no existe un modelo único de justicia de transición, sino que lo apropiado será lo que dicten las circunstancias propias de cada proceso. El Derecho internacional obliga a los Estados a evitar la impunidad por las graves violaciones de derechos humanos y ofrece instrumentos para ejercer la justicia penal cuando los Estados no son capaces de hacerla efectiva, aunque la capacidad de la justicia penal internacional para servir a sus objetivos es, por muchas razones, limitada. Al mismo tiempo, permite una renuncia parcial a la respuesta penal si ésta puede representar un obstáculo insalvable en un proceso de pacificación y reconciliación nacional, siempre que se garantice el respeto al derecho a la justicia, la verdad y la reparación. En ello las CV u otras fórmulas complementarias o flexibilizadoras de la intervención penal surgen como instrumentos posibles y necesarios. Su adecuado funcionamiento y validez jurídica dependerán de que se instauren garantías de calidad procedimental y de que estén apoyadas con medidas legislativas y medios suficientes para asegurar que los referidos derechos puedan resultar efectivamente satisfechos. Una CV puede ofrecer un sentido de clausura, de cierre de hechos que afectan de modo global a la vida política y social durante un período histórico, que ha dejado heridas abiertas y que requiere ser elaborado políticamente como paso necesario para construir la sociedad democrática. La clausura puede ser incluso más concluyente que la de un proceso judicial, pues en éste el efecto de cierre se produce sólo con una sentencia firme y, en cierto sentido, sólo si ésta es condenatoria. Esta es una diferencia importante entre la misión de un órgano oficial (sea judicial o parajudicial) y la del historiador. La ciencia no provee clausura, pues su estado es el de permanente apertura a que futuras investigaciones refuten las verdades obtenidas, siempre provisionales. Una comisión de investigación oficial tiene sentido ahí donde hay una necesidad de cierre de un pasado traumático y ahí es imprescindible el trabajo conjunto del historiador y del jurista al servicio de una voluntad política de conocer la verdad y construir el sistema democrático sobre la justicia, la reparación y la reconciliación.

Bibliografía

- Paloma AGUILAR FERNÁNDEZ (2008), *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid.
- Kai AMBOS (2006), *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid/Barcelona.
- Kai AMBOS/Christian STEINER (2006), "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", en Kai AMBOS (2006), *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid/Barcelona, pp. 71 y ss.
- Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Jan WOISCHNIK (eds.) (2005), *Temas actuales de Derecho penal internacional*, Montevideo.
- Alejandro DAVID APONTE (2005), "Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano", en Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Jan WOISCHNIK (eds.) (2005), *Temas actuales de Derecho penal internacional*, Montevideo, pp. 117-150.
- Enrique BACIGALUPO/Manuel CANCIO MELIÀ (2005), *Derecho penal y política internacional*, Barcelona.
- David BACKER (2009), "Cross-National Comparative Analysis", en Hugo VAN DER MERWE/Victoria BAXTER/Audrey CHAPMAN (2009), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, pp. 23-90.
- Gordon BAZEMORE/Sandra O'BRIEN (2002), "The quest for a restorative model of rehabilitation: theory-for practice and practice-for-theory", en Lode WALGRAVE (ed.) (2002), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton/Portland, pp. 31-67.
- Andrew H. BEATTIE (2009), "An Evolutionary Process: Contributions of the Bundestag Inquiries into East Germany to an Understanding of the Role of the Truth Commissions", *IJTJ* 3, 2009, pp. 229-249.
- Morten BERGSMO/Pieter KRUGER (2008), "Article 53 - Initiation of an investigation", en Otto TRIFFTERER (ed.) (2008), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, München/Oxford, pp. 1065-1076.
- Catalina BOTERO MARINO (2006), "Derecho penal internacional y justicia de transición. ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la muerte y la doncella?", en Camila DE GAMBOA TAPIAS (ed.) (2006), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, pp. 304 y ss.
- Francisco CORTÉS RODAS (2006), "Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional", en Camila DE GAMBOA TAPIAS (ed.) (2006), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, pp. 88 y ss.
- Antonio CASSESE/Paolo GAETA/John R. W. D. JONES (2002), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume II*, Oxford.
- David A. CROCKER (2002), "Punishment, Reconciliation and Democratic Deliberation", *Buffalo Criminal Law Review* 5, 2002, pp. 509-549.

Erin DALY (2008), "Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition", *IJTJ* 2(1), 2008, pp. 23-41.

Erin DALY/Jeremy SARKIN (2007), *Reconciliation in Divided Societies*, Philadelphia.

Camila DE GAMBOA TAPIAS (ed.) (2006), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá.

Stephanus F. DU TOIT (2006), "Las tensiones entre los derechos humanos y la política de la reconciliación: un estudio del caso sudafricano", en Camila DE GAMBOA TAPIAS (ed.) (2006), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, pp. 242 y ss.

Pablo D. EIROA/Juan Manuel OTERO (coords.) (2008), *Memoria y Derecho penal*, Buenos Aires.

Jon ELSTER (2006), *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires.

Yamila FAKHOURI GÓMEZ (2005), "La competencia de la Corte penal internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control", en Enrique BACIGALUPO/Manuel CANCIO MELIÀ (2005), *Derecho penal y política internacional*, Barcelona, pp. 85-115.

Mark FINDLAY/Ralph J. HENHAM (2005), *Transforming International Criminal Justice. Retributive and Restorative Justice in the Trial Process*, Cullompton/Portland.

Mark FREEMAN (2006), *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge.

Enara GARRO CARRERA (2005), *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española*, Bilbao.

Alicia GIL GIL (2009), *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona.

Juan Luis GÓMEZ COLOMER (2003), "La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional", en Juan Luis GÓMEZ COLOMER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Jorge CARDONA LLORENS (coords.) (2003), *La Corte penal internacional. Un estudio interdisciplinar*, Valencia, pp. 277-324.

Juan Luis GÓMEZ COLOMER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Jorge CARDONA LLORENS (coords.) (2003), *La Corte penal internacional. Un estudio interdisciplinar*, Valencia.

Priscilla B. HAYNER (2001), *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, New York-Routledge.

John T. HOLMES (1999), "The Principle of Complementarity", en Roy S. LEE (ed.) (1999), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, The Hague, pp. 41-78.

Jordi IBÁÑEZ FANES (2009), *Antígona y el duelo*, Barcelona.

Linda M. KELLER (2008), "Achieving Peace With Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law* 23(2), 2008, pp. 209-279.

Linda M. KELLER (2008), "The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court", *Hague Justice Journal* 3(1), 2008, pp 12-53.

Hunjoon KIM (2009), "Seeking Truth after 50 Years: The National Committee for Investigation of the Truth about the Jeju 4.3 Events", *The International Journal of Transitional Justice* 3(3), 2009, pp. 406-423.

Michael N. KOURABAS (2007), "A Vienna Convention Interpretation of the 'Interests of Justice' Provision of the Rome Statute, the Legality of Domestic Amnesty Agreements, & the Situation in Northern Uganda: A 'Great Qualitative Step Forward', or a Normative Retreat?", *U. C. Davis Journal of International Law & Policy* 14, 2007, pp. 59 y ss.

Neil J. KRITZ (ed.) (1995), *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes. Volume I: General Considerations*, Washington.

Isabel LIROLA DELGADO/Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ (2001), *La Corte penal internacional*, Barcelona.

Reyes MATE (2008), *Justicia de las víctimas*, Rubí (Barcelona).

Daniel R. PASTOR (2008), "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina", en Pablo D. EIROA/Juan Manuel OTERO (coords.) (2008), *Memoria y Derecho penal*, Buenos Aires, pp. 95-127.

Daniel R. PASTOR (2006), *El poder penal internacional*, Barcelona.

Andrea PLANCHADELL GARGALLO (2003), "El Fiscal ante la Corte Penal Internacional", en Juan Luis GÓMEZ COLOMER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Jorge CARDONA LLORENS (coords.) (2003), *La Corte penal internacional. Un estudio interdisciplinar*, Valencia, pp. 163-188.

Darryl ROBINSON (2003), "Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law* 14(3), 2003, pp. 481-505.

Julia ROPERO CARRASCO (2009), "La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el derecho penal más allá de los crímenes internacionales", en Antonio CUERDA RIEZÚ/Francisco JIMÉNEZ GARCÍA (2009), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Madrid, pp. 268 y ss.

Naomi ROTH-ARRIAZA (2006), "The new landscape of transitional justice", en NAOMI ROTH-ARRIAZA/Javier MAIEZCURRENA (eds.) (2006), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge.

William A. SCHABAS (2008), "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *JICJ* 6, 2008, pp. 731-761.

William A. SCHABAS (2006), "The Sierra Leone Truth and Reconciliation Comisión", en NAOMI ROTH-ARRIAZA/Javier MAIEZCURRENA (eds.) (2006), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge, pp. 21 y ss.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2009), "Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor", en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.) (2009), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, pp. 27 y ss.

Richard G. SINGER (2008), *Criminal Procedure II: From Bail to Jail*, 2ª ed., New York.

Josep TAMARIT SUMALLA (ed.) (2010), *Justicia de transición y justicia penal internacional*, Barcelona (en prensa).

Josep TAMARIT SUMALLA (2009), "Justicia transicional y amnistía", en VV.AA. (2009), *Libro homenaje a Tomás Vives*, Valencia.

Josep TAMARIT SUMALLA (2007), "La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española", *Revista General de Derecho penal*, mayo 2007, pp. 12 y ss.

Josep TAMARIT SUMALLA (2009), *La tragedia y la justicia penal. Casos Penales en el teatro y la ópera*, Valencia.

Josep TAMARIT SUMALLA/Carolina VILLACAMPA ESTIARTE (2006), *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Bogotá.

Giulano TURONE (2002), "Powers and Duties of the Prosecutor", en Antonio CASSESE/Paolo GAETA/John R. W. D. JONES (2002), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Volume II*, Oxford, pp. 1153 y ss.

Desmond TUTU (1999), *No future without Forgiveness*, New York.

Rodrigo UPRIMNY YEPES/María Paula SAFFON SANIN (2006), "Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial", en Camila DE GAMBOA TAPIAS (ed.) (2006), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, pp. 348 y ss.

Tomás VALLADOLID BUENO (2005), *Por una justicia posttotalitaria*, Rubí (Barcelona).

Hugo VAN DER MERWE/Victoria BAXTER/Audrey CHAPMAN (2009), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington.

Lode WALGRAVE (ed.) (2002), *Restorative Justice and the Law*, Cullompton/Portland.

Gerhard WERLE (2005), *Tratado de Derecho penal internacional* (trad. Mar Díaz Pita), Valencia.

Tabla de jurisprudencia citada

Fecha	Tribunal	Caso
Sentencia de 4 de julio de 2006	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Caso "Ximenes Lopes"
Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Caso Almonacid Arellano y otros
Sentencia de 29 de noviembre de 2006	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Caso La Cantuta v. Perú