

Reparations, Responsibility

 Victimhood in Transitional Societies

Sanciones Alternativas ante la Jurisdicción Especial de Paz:

Reflexiones sobre el Derecho
Internacional y la Justicia Transicional

Tabla de Contenidos

Resumen Ejecutivo	3
Introducción*	6
Justicia Restaurativa	8
Justicia reparadora y justicia transicional	10
Participación de las víctimas	23
Proceso de solicitud	28
Representación y Voz	30
Modalidades de participación de las víctimas.....	32
Participación colectiva.....	35
Participación en persona.....	39
Protección y apoyo psicológico	40
Normas internacionales sobre condenas por delitos internacionales	43
2.2.2. Condenas y proporcionalidad.....	44
Mitigación de la pena y declaraciones de culpabilidad.....	45
Amnistía e indultos	50
Sanciones alternativas, reparaciones y rendición de cuentas	53
Reparaciones en los órganos de justicia penal internacional	55
Víctimas políticas complejas	60
Contribución de los excombatientes y las organizaciones.....	62
Desafíos	67
Monitoreo de Sanciones y Reintegración	69
Conclusión - Sanciones alternativas	70
Recomendaciones	71
Justicia reparadora	71
Condenas y penas alternativas	73
Participación de las víctimas.....	74
Reparaciones y servicios a la comunidad	78

Resumen Ejecutivo

Los tribunales penales desempeñan una función importante en las sociedades en post-conflicto al reafirmar los valores morales y establecer el estado de derecho. Frente a las atrocidades masivas que se han cometido a lo largo de varias décadas, ningún castigo va a reparar el daño causado, pero un sistema de justicia de transición amplio y adaptado a las circunstancias, incluidos los juicios penales que prevean castigos proporcionales, puede obligar a los autores afrontar su responsabilidad y a que el resto de la sociedad se sienta edificado por el desempeño de la justicia. Para las víctimas, los juicios y las reparaciones pueden servir como procesos para poner fin a la impunidad de los crímenes que han sufrido, al recibir el reconocimiento público de su daño y obligar a los perpetradores a corregir el desequilibrio en la relación entre ellos. Si bien la experiencia de un país no puede ser replicada exactamente en otro (ni debería serlo), este informe busca proporcionar algunas lecciones aprendidas y orientación para mejorar la aproximación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) hacia las sanciones alternativas, la participación de las víctimas y las reparaciones. Este informe es la continuación de los compromisos con la JEP de septiembre de 2018 y febrero de 2019, que esperan iniciar un diálogo sobre estas cuestiones. Como tal, refleja el inicio de la conversación para establecer los contornos de estos temas de una forma amplia, pero esperamos comentarios y preguntas más específicos para profundizar nuestra discusión.

El presente informe aborda estas cuestiones bajo cuatro encabezados: justicia reparadora; participación de las víctimas; normas internacionales sobre condenas; y sanciones alternativas, reparaciones y rendición de cuentas. En cuanto al primero de ellos, la justicia reparadora se ha practicado en algunas sociedades en transición. Sin embargo, a menudo la justicia restaurativa se ha usado para los perpetradores de bajo nivel y se ha asociado con los procesos de recuperación de la verdad y los juicios penales. Dicho esto, la justicia restaurativa podría sintonizar más finamente los juicios penales para responder mejor a las opiniones y preocupaciones de las víctimas en los procedimientos, y para dar mejor forma a los resultados de la justicia a través del diálogo con los perpetradores. Debe señalarse que la justicia reparadora toma tiempo, puede haber una serie de inconvenientes, como desequilibrios de poder, presión sobre los participantes para que satisfagan objetivos externos, falta de sinceridad de los perpetradores y falta de atención a las perspectivas de género y a los daños sufridos.

Con respecto a la participación de las víctimas, en el informe describe la práctica de los órganos internacionales de justicia penal, en particular la Corte Penal Internacional. Destaca la jurisprudencia de los derechos humanos y la literatura sobre la justicia procesal, que hace énfasis en la importancia de escuchar la voz de las víctimas en los procesos judiciales, quienes además deben ser respetadas y reflejadas en la toma de decisiones. Dado que los crímenes internacionales involucran a miles de víctimas, existe una práctica cada vez más extendida de colectivizar la representación de las víctimas, pero esto trae consigo sus propios problemas de cómo se comunica con las víctimas, cómo se representan sus voces y cómo se manejan las voces en conflicto. La sección también reflexiona sobre la práctica de participación de las víctimas en otros órganos, así como sobre las oportunidades de que las víctimas comparezcan en persona para expresar sus opiniones y preocupaciones. En la parte final de esta sección se destacan algunas de las disposiciones y los desafíos de la protección de las víctimas y el apoyo psicológico en la presentación de denuncias ante los órganos penales internacionales.

En cuanto a las directrices internacionales sobre la imposición de penas por delitos internacionales, el derecho penal internacional no prevé un régimen de sanciones. Sin embargo, hay una serie de principios para guiar las sentencias que corresponden a la

penología doméstica tradicional, en particular la proporcionalidad. La jurisprudencia del derecho penal internacional y de los tribunales regionales de derechos humanos apoya que los Estados tienen cierta discreción para mitigar las sentencias cuando los perpetradores contribuyen a la reparación de las víctimas, la reconciliación y el proceso de paz. Estas lecciones pueden ser aplicables al régimen de penas alternativas, sobre la base de las enseñanzas de los órganos de justicia penal internacional y de su utilización de la negociación de los cargos, la mitigación y la reparación en relación con los crímenes internacionales. El uso de las penas alternativas es un medio para lograr un equilibrio proporcionado entre la pena y la restauración mediante la comunicación con el autor de los hechos sobre la ilicitud de sus actos. Al permitir que los perpetradores mitiguen el daño que han causado incentivando las confesiones y ciertas formas de reparación, puede ayudar a romper el silencio de la impunidad, pero también a comunicar normas y reafirmar el estado de derecho. Los excombatientes pueden hacer una importante contribución a afrontar el pasado y deberían disponer de un marco para resolver algunos de los daños morales ocasionados a las víctimas y sus preguntas sin respuesta. También se debe tener en cuenta a las víctimas complejas, o a los perpetradores victimizados, en la forma en que pueden encajar en el proceso de la JEP en términos de justicia restaurativa y reparaciones.

El informe concluye con una serie de recomendaciones:

- ▶ La JEP debería establecer principios sobre la participación de las víctimas, las reparaciones y las sanciones alternativas para garantizar la coherencia y la consistencia en todos sus casos y demostrar cierta certeza a los participantes y al público en general;
- ▶ La JEP debe garantizar que las víctimas estén informadas de sus opciones de participación e intervención, lo que puede implicar la participación colectiva e individual en persona;
- ▶ Se deben llevar a cabo actividades de divulgación eficaces para fomentar el diálogo con las víctimas y las comunidades afectadas; se trata de una comunicación bidireccional;
- ▶ La participación de las víctimas debe ser apoyada por servicios psicológicos y personas de apoyo;
- ▶ Se deben hacer esfuerzos para evitar la instrumentalización de las víctimas. Al contrario, se debe respetar su agencia y su elección, permitiéndoles aceptar o rechazar reuniones, disculpas o reconocimientos por parte de los actores responsables; el perdón es una elección personal;
- ▶ El uso de la justicia restaurativa debe ser claro en cuanto a lo que esto implica para no redescubrir o manipular las prácticas tradicionales, haciendo uso de la justicia tradicional sólo cuando es pertinente y con el consentimiento y la intervención en el diseño de las mismas comunidades indígenas o afrocolombianas;
- ▶ El uso de la justicia reparadora para hacer frente a las atrocidades a gran escala debe aprovechar al máximo sus principios de participación activa, alentando a las partes a encontrar soluciones conjuntamente, haciendo uso de los espacios privados para fomentar el diálogo, la puesta en escena de la participación y la condicionalidad de cualquier acuerdo en caso de que éste se rompa;
- ▶ La JEP debería hacer uso de indicadores de proceso y de resultados para medir el impacto de su trabajo en las víctimas y las comunidades afectadas;
- ▶ Las sanciones alternativas deben ser vistas como una forma de encontrar un castigo proporcional para reparar la relación del perpetrador con la sociedad y medidas más reparadoras para reparar la relación con las víctimas o, al menos, su confianza cívica;
- ▶ Las reparaciones ordenadas por la JEP no deberían incluir la indemnización, sino que deberían aprovechar al máximo la posición la JEP para facilitar la adopción de medidas de satisfacción y servicio comunitario por parte de los autores en consulta con las víctimas. Las víctimas deben ser orientadas hacia otras reparaciones disponibles a través de la Unidad de Víctimas;
- ▶ La JEP no puede deshacer todo el daño del conflicto colombiano, pero puede hacer una modesta contribución al restablecimiento de los valores moral y de los derechos humanos.

Introducción*

1. La justicia transicional ofrece un conjunto de herramientas para que cada país elabore sus propias soluciones a las atrocidades masivas dentro de sus propias circunstancias particulares y a la luz de las obligaciones jurídicas nacionales e internacionales. El derecho internacional obliga a los Estados a investigar, procesar y remediar eficazmente los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos para garantizar que no haya impunidad para tales atrocidades¹. Esto refleja que la impunidad es silencio: el hecho de que la sociedad no se pronuncie y no se enfrente a las atrocidades del pasado, permite a los perpetradores negar que ocurrieron y deja a las víctimas con la carga del daño.² Como tal, los esfuerzos para investigar, enjuiciar y remediar tienen por objeto evitar la impunidad de delitos como el “contrario a la justicia”, ya que la impunidad sirve para repudiar el sufrimiento de las víctimas y su acceso a la reparación.³ Al impedir que las víctimas busquen reconocimiento y un remedio adecuado, la impunidad puede indicar implícitamente que esas personas, grupos y comunidades merecen ser perjudicados. Por consiguiente, adoptar un enfoque centrado en las víctimas es una forma de buscar su restauración y el reconocimiento de su sufrimiento y la asignación de responsabilidades a quienes lo causaron.
2. El derecho internacional no prescribe la forma en que los Estados deben castigar o los procesos por medio de los que deben llevarse a cabo las investigaciones y los recursos, sólo que las violaciones graves se deben investigar de manera efectiva, rápida y transparente, con una reparación adecuada para las víctimas y un castigo proporcional para los autores. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo puede ejercer jurisdicción sobre un Estado Parte cuando es admisible porque el Estado Parte no puede o no quiere investigar y enjuiciar los crímenes internacionales. La falta de voluntad se determina en función de si se utilizan o no procedimientos nacionales para proteger a una persona de la responsabilidad penal, de demoras injustificadas o de que éstas no se lleven a cabo de manera independiente o imparcial para llevar a la persona en cuestión ante la justicia.⁴ Las sanciones alternativas no entran dentro de esta definición, ya que no impiden el establecimiento de la responsabilidad penal, no hay ninguna demora injustificable de los procedimientos y se están llevando a cabo de manera independiente e imparcial.
3. En su esencia, los tribunales penales tienen como objetivo la retribución, no como venganza (es decir, como *lex talionis*), sino como castigo proporcional que reconoce los derechos de todas las partes involucradas (víctimas, perpetradores y sociedad), con el castigo a través de la sentencia como un medio para “rectificar un agravio”.⁵ Ninguna cantidad de castigo puede deshacer o equipararse a los crímenes

internacionales, dada su “maldad radical” que “hace estallar los límites de la ley”⁶. En cambio, la contribución de los perpetradores a las víctimas y a la sociedad a través de la reparación, la construcción de la paz, los esfuerzos de reconciliación y el servicio comunitario puede verse como una forma de mitigar la severidad del castigo. Los tribunales penales también pueden servir objetivos utilitarios, no para “atormentar” al delincuente o para deshacer el delito, sino para lograr sus objetivos de disuasión, incapacitación y rehabilitación con el fin de aumentar la utilidad social, satisfaciendo así los intereses de la sociedad mediante la prevención de futuros delitos.⁷

4. Los tribunales penales también pueden desempeñar una importante función expresiva, ya que transmiten mensajes morales o normativos al condenar a quienes han violado los valores de la sociedad⁸. Duff sugiere que el castigo como proceso comunicativo puede tener como resultado el arrepentimiento, la reforma y la reconciliación de los perpetradores, encarcelándolos para que muestren sus errores y reparen el daño que han causado, a fin de evitar que éstas se repitan en su comportamiento futuro.⁹ Esto comparte algunos aspectos de la estrategia de avergonzar con propósito de reintegración que se examinan más adelante con respecto a la justicia restaurativa, en el sentido de que los tribunales pueden ofrecer un foro para reprender el comportamiento y alentar a los perpetradores a hacer frente a sus actos ilícitos y remediarlos. Sin embargo, para los perpetradores que no responden y que rechazan los mensajes morales comunicados por un tribunal, puede servir para educar al público de que al imponer “vergüenza, sanción y estigma” a los delincuentes.¹⁰ El papel de la JEP como tribunal retributivo, expresivo y restaurador, la sitúa en una posición única para responder a la violencia extraordinaria mediante el restablecimiento de valores en la sociedad colombiana. El uso de las penas alternativas es un medio para lograr un equilibrio proporcionado entre la pena y la restauración mediante la comunicación con el autor de los hechos sobre la ilicitud de sus actos. Al permitir que los perpetradores mitiguen el daño que han causado incentivando las confesiones y ciertas formas de reparación, puede ayudar a romper el silencio de la impunidad, pero también a comunicar normas y reafirmar el estado de derecho. Esto refleja que después de un conflicto prolongado y de graves violaciones de los derechos humanos, ningún castigo puede deshacer el daño causado, pero los tribunales penales pueden ejercerse de tal manera que se restablezcan los valores morales en una sociedad que durante demasiado tiempo ha permitido e incentivado la violencia.

Estructura del informe

5. En el presente informe se expone la experiencia de otras sociedades en transición en responder a las atrocidades masivas. Esto no quiere decir que sus procesos y éxitos puedan ser replicados o deban serlo, sino que es más bien indicativo de cómo otros países han desarrollado respuestas específicas a las atrocidades. Comienza en la primera sección esbozando el uso de la justicia restaurativa como un enfoque

1 * Escrito por Luke Moffett, Cheryl Lawther, Kieran McEvoy, Clara Sandoval y Peter Dixon. Gracias a Siofra Corr por su investigación de fondo y Adriana Rudling por sus comentarios. Véase Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (en adelante, los Principios de Impunidad), E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, pág. 6.

2 Ver Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Beacon Press (1998), p16.

3 Jamie O’Connell, *Gambling with the Psyche: Does Prosecuting Human Rights Violators Console their Victims?* *Harvard International Law Journal* 46 (2005) 295-345, p310.

4 Artículo 17(2).

5 Jean Hampton, *Correcting Harms versus Righting Wrongs: The Goals of Retribution*, *University California Los Angeles Law Review* 39 (1991-1992) 1659-1702, p. 1663; y ver también George P. Fletcher, *The Place of Victims in the Theory of Retribution*, *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000) 51-64.

6 L. Kohler y H. Saner (editores), *Hannah Arendt and Karl Jaspers: Correspondence: 1926-1969*, (Harcourt Brace International 1992), p54; y Carlos S. Nino, *Radical Evil on Trial*, (Yale University Press 1998), p135-137.

7 Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments*, (W.C. Little & Co. 1872), Ch. 12 ‘Of the Intent of Punishments’; y Richard S. Murphy, *The Significance of Victim Harm: Booth v Maryland and the Philosophy of Punishment in the Supreme Court*, *University of Chicago Law Review* 55(4) (1988) 1303-1333, p1310.

8 Véase Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, *The Monist*, 49(3) (1965), 397-423; y Tim Meijers y Marlies Glasius, *Trials as Messages of Justice: What Should Be Expected of International Criminal Courts?* *Ethics & International Affairs*, 30(4)(2016) 429-447.

9 Antony Duff, *Punishment, Communication, and Community*. Oxford University Press (2000), p91-92.

10 Mark Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press (2007), p175.

para tratar el pasado, dándoles cabida a las víctimas, a los perpetradores y a la comunidad para que se reúnan en un espacio seguro y de apoyo, facilitado por un mediador imparcial, para negociar entre ellos las formas de hacer frente a las consecuencias del crimen. Si bien el uso de formas informales o tradicionales de justicia para reparar el tejido social y las relaciones en las comunidades puede ser más inclusivo, este enfoque presenta peligros y desafíos, como la desigualdad en las relaciones de poder, la falta de protecciones procesales y la ampliación de su alcance para hacer frente a la violencia en masa.

6. En la segunda sección se detallan las disposiciones sobre la participación de las víctimas, en particular se señalan las dificultades de utilizar un proceso legal formal en los procedimientos penales internacionales. Esto incluye nociones de justicia procesal, proceso de solicitud por parte de la víctima, representación y voz, las diferentes modalidades de participación de las víctimas y la importancia de las medidas de protección y apoyo psicológico. En la tercera sección se esbozan las normas jurídicas internacionales sobre reducción de penas, amnistías e indultos que se utilizan a cambio de incentivar la recuperación de la verdad, la no repetición de la violencia y la reconciliación. La última sección discute la contribución que los excombatientes pueden hacer a los procesos de justicia transicional, en particular cómo proporcionando un espacio legal a través de una justicia penal retributiva informada por principios restaurativos puede incentivar a las personas y organizaciones a ser más receptivas a la hora de aportar medidas reparadoras a las víctimas. El informe concluye con algunas reflexiones sobre cómo las experiencias en otras jurisdicciones podrían ayudar a los actores relevantes en Colombia a reflexionar sobre estos temas, junto con algunas recomendaciones para la JEP.

Justicia Restaurativa

7. La justicia restaurativa es “un proceso por el cual las partes interesadas en un delito específico deciden colectivamente cómo tratar las secuelas del delito y sus implicaciones para el futuro”.¹¹ En particular, los procesos de justicia restaurativa hacen hincapié en el restablecimiento de las relaciones entre los delincuentes, las víctimas y las comunidades, y no en el castigo de los perpetradores. La justicia penal ha sido criticada desde hace bastante tiempo por instrumentalizar a las víctimas al dar prioridad al procesamiento de los perpetradores o al “mantenimiento del estado de derecho” en lugar de centrarse en las necesidades de las víctimas, lo que puede ser más complejo que medir el grado de retribución o el “tiempo en la cárcel» que reciben los delincuentes. Para algunos defensores de la justicia restaurativa, el Estado a veces está involucrado en “robarse el conflicto” entre víctimas y perpetradores a través de un proceso despersonalizado, utilizando el sufrimiento de las víctimas para promover una agenda retributiva, en la que los profesionales de la justicia penal y los políticos pueden presentarse a sí mismos como “duros contra el crimen”.¹² Los procesos retributivos pueden no sólo ignorar las necesidades de las víctimas, sino también dejar a los perpetradores con la sensación de que han sido victimizados por un sistema de justicia punitiva (lo que permite a los perpetradores evitar asumir la responsabilidad *real* por acciones pasadas) y eliminar a la comunidad en general de cualquiera de sus responsabilidades para sanar las relaciones dañadas, porque se ha convertido en un trabajo del Estado.

8. Por lo tanto, la justicia restaurativa trata de encontrar maneras imaginativas de cambiar la “propiedad” de los daños del pasado para que deje de ser patrimonio exclusivo del Estado y de involucrar a los perpetradores, las víctimas y las comunidades afectadas por esos daños en un esfuerzo por mejorar la cohesión social.¹³ El castigo de la justicia penal puede ser “desintegrador”, infligiendo más daño a la sociedad¹⁴ y “rompe los lazos familiares y sociales ... genera[ndo] más animosidad y antagonismo, y a menudo sumerg[iendo] a las partes en hostilidades amargas e interminables”.¹⁵ En cambio, la justicia restaurativa tiene por objeto restablecer las relaciones entre las partes y promover la “responsabilidad activa”¹⁶ personal del delincuente de reparar el daño que ha causado a la víctima al corregir sus errores.¹⁷ El perpetrador puede contribuir a aliviar el sufrimiento de la víctima reconociendo la responsabilidad de sus actos, enfrentándose a las consecuencias del daño que ha causado, identificándose con la víctima, ofreciéndole una disculpa sincera y (cuando sea posible) haciendo una restitución o pagándole una indemnización.¹⁸ De esta manera, el delincuente puede ser reintegrado mejor a la comunidad después de haber intentado afrontar los daños pasados, lo que a su vez hace que su probabilidad de volver a delinquir sea significativamente menor. Si bien se les puede obligar o incentivar a los perpetradores participar en un proceso de este tipo, no se debe tener como objetivo humillarlos, sino ofrecerles una forma de resocializarse y reincorporarse a la sociedad como ciudadanos.¹⁹ Este proceso ha sido descrito por el criminólogo australiano John Braithwaite como una “vergüenza de reintegración”, un alejamiento de la estigmatización del delincuente. Éste describió la diferencia como,

La vergüenza reintegrativa comunica desaprobación dentro de un continuo de respeto por el ofensor; el ofensor es tratado como una buena persona que ha hecho una mala acción. La estigmatización es una vergüenza irrespetuosa; el agresor es tratado como una mala persona. En otras palabras, las sociedades que perdonan y son respetuosas a la vez que toman en serio la delincuencia tienen tasas bajas de delincuencia; las sociedades que degradan y humillan a los delincuentes tienen tasas más altas de delincuencia”.²⁰

Un proceso de justicia restaurativa puede proporcionar un espacio más informal para que las partes afectadas recuperen la verdad, al permitir que las víctimas discutan con el perpetrador la naturaleza y las motivaciones del daño. Esto puede permitir a los participantes “decir toda la verdad tal y como la ven”, sin reglas y procedimientos probatorios que los limiten a narrar los hechos relevantes para un tribunal penal.²¹ La participación de la víctima y de la comunidad en conferencias

11 Tony F. Marshall, *Restorative Justice: An Overview* (Home Office 1999), p5.

12 Nils Christie, *Conflicts as Property*, *British Journal of Criminology* 17(1) (1977) 1-15.

13 Ezzat A. Fattah, *Gearing Justice Action to Victim Satisfaction: Contrasting Two Justice Philosophies: Retribution and Redress*, en H. Kaptein y M. Malsch (eds.), *Crime, Victims and Justice: Essays on Principles and Practice*, Ashgate (2004) 16-30, p28.

14 Lucia Zedner, *Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?* *Modern Law Review* 57(2) (1994), 228-250, p250.

15 Ezzat Fattah, *A Critical Assessment of Two Justice Paradigms: Contrasting the Restorative and Retributive Justice Models*, en E. Fattah y T. Peters (ed.), *Support for Crime Victims in a Comparative Perspective*, 99-110, p101.

16 John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press (2002), p129.

17 Christa Obold-Eshleman, *Victims' Rights and the Danger of Domestication of the Restorative Justice Paradigm*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 18 (2004) 571-603, p572.

18 Ver Heather Strang, *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice*, (OUP 2002); y John Braithwaite, *Crime, Shame, and Reintegration*, (CUP 1999).

19 Kieran McEvoy y Louise Mallinder, *Amnesties, Punishment and the Calibration of Mercy in Transition*, *Journal of Law and Society* 39(3) (2012) 410-440, p430.

20 Ver Braithwaite n.18.

21 Jonathan Doak, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart (2008), p264; y Martha Wright, *Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime*, (Waterside 1996), p138.

restaurativas puede fomentar la responsabilidad activa de estos actores en la “corrección” y la prevención de la repetición de las violaciones.²² Al centrarse en el contexto social y personal del daño, los participantes y las consecuencias, la justicia restaurativa espera proporcionar justicia contextual en lugar de justicia consistente en la sentencia.²³

9. Por supuesto, existen deficiencias y desafíos en el uso de los procesos de justicia restaurativa, como la falta de garantías procesales adecuadas y de apoyo emocional que pueden causar más sufrimiento a los participantes,²⁴ el dominio de los intereses de ciertos grupos sobre otros, la presión sobre los participantes para que faciliten objetivos más colectivos de sanar y restaurar o las prioridades de desvío del Estado para evitar los procedimientos judiciales y aliviar la presión sobre las prisiones,²⁵ o la falta de respuesta suficiente a las necesidades de las víctimas.²⁶ El potencial restaurador de estas reuniones informales de justicia puede verse agravado por la falta de compromiso de las víctimas o los delincuentes, o por la insuficiencia de los fondos del Estado, lo que deja a las organizaciones voluntarias la tarea de encontrar o suministrar la capacidad y los recursos necesarios para apoyar estos procesos. Los Principios de la ONU sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal del año 2000 sugieren que para superar estos problemas, los facilitadores bien capacitados pueden ayudar a garantizar un entorno seguro y apropiado para tratar a los participantes con dignidad e imparcialidad, además de ser sensibles a los participantes vulnerables.²⁷

Justicia restaurativa y justicia transicional

10. En relación con la justicia de transición, cada vez se recurre más a la justicia restaurativa como marco teórico y práctico para situar los enfoques menos punitivos de los crímenes del pasado. Por ejemplo, el Arzobispo Desmond Tutu, ex presidente de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica (CVR), describió el trabajo de la CVR en los siguientes términos,

La justicia retributiva - en la que un Estado impersonal impone penas con poca consideración a las víctimas y casi ninguna a los perpetradores - no es la única forma de justicia. Sostengo que existe otro tipo de justicia, la justicia restaurativa, que era característica de la jurisprudencia africana tradicional. Aquí la preocupación central no es la retribución o el castigo, sino, en el espíritu del ubuntu, la sanación de las rupturas, la corrección de los desequilibrios, la restauración de las relaciones rotas. Este tipo de justicia busca rehabilitar tanto a la víctima como al perpetrador, a quienes se les debe dar la oportunidad de reintegrarse a la comunidad a la que ha lesionado por su delito. Este es un enfoque mucho más personal, que ve la ofensa como algo que le ha pasado a la gente y cuya consecuencia es una ruptura en las relaciones. Por lo tanto, debemos afirmar que la justicia, la justicia restaurativa, está siendo servida cuando se hacen esfuerzos para trabajar por la sanación, el perdón y la reconciliación”.²⁸

22 Braithwaite n.16, p129.

23 Lode Walgrave, *Restorative justice and the law*, (Willan 2002), p158.

24 Rob Mawby y Sandra Walklate, *Critical Victimology: International Perspectives*, (Sage 1994), p68.

25 Margarita Zernova, Aspirations of restorative justice proponents and experiences of participants in family group conference, *British Journal of Criminology* 47(3) (2007) 491-509. p506.

26 Janice Evans, Integrating Victims into Restorative Justice, *Practice* 18(4) (2006) 279-289, p285; y Brian Williams, *Victims of Crime and Community Justice*, (Jessica Kingsley 2005) p79.

27 Principios 17-20, Principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 en 35 (2000).

28 Desmond Tutu, *No Future Without Forgiveness* (Rider 1999), p51. La experiencia sudafricana se analiza más adelante.

En otros contextos, ha habido alguna práctica de procesos informales para juzgar crímenes internacionales y violencia política que se puede calificar de restaurativa. De hecho, la inclusión de disposiciones sobre la participación de las víctimas (discutida en la siguiente sección) y las reparaciones dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional han sido vistas incluso como un “giro restaurador” para matizar la justicia retributiva en el tratamiento de los crímenes internacionales. Sin embargo, dado lo que se puede lograr de manera realista dentro de un marco de justicia penal, esta iniciativa puede ser considerada más bien retórica.²⁹ En la Corte Penal Internacional, si bien las disposiciones relativas a las víctimas prometían justicia restaurativa, estaban muy relacionadas con el enjuiciamiento y el castigo de los perpetradores, como se veía con las limitadas oportunidades de las víctimas de participar directamente en el interrogatorio de los acusados, así como con el hecho de que las reparaciones están limitadas a las personas efectivamente condenadas.³⁰ Las víctimas pueden presentar sus opiniones sobre el castigo, incluida la duración de la pena y los factores atenuantes y agravantes. En términos más generales, junto con el uso de amnistías e inmunidades condicionales, los mecanismos de la justicia de transición han podido crear un espacio en el que las personas pueden presentarse a hablar sin temor a la auto-implicación.³¹

11. Hay, por supuesto, algunos desafíos. La justicia restaurativa no puede restaurar las relaciones o a las víctimas a su posición anterior a la violación o al conflicto y las expectativas de las víctimas de cualquier proceso de justicia (retributivo o restaurativo) tienen que gestionarse en este sentido. Además, en algunos contextos en los que el Estado ha sido protagonista en el conflicto, puede haber sospechas sobre las motivaciones del Estado para tratar de enmarcar la violencia del pasado como algo que sólo involucra a los perpetradores y a las víctimas, ocultando así su propia culpabilidad pasada.³² Por ejemplo, desde luego éste ha sido el caso de Irlanda del Norte, donde las discusiones sobre el conflicto que se centran únicamente en la violencia del pasado entre los católicos y los protestantes, al tiempo que ignoran el papel del Estado británico, son tratadas con gran sospecha.³³ En contextos donde existe una sospecha residual hacia el Estado, un facilitador que es percibido como imparcial en cuanto al Estado, al imponer respeto y seguir valores claros de justicia restaurativa, puede ayudar a crear confianza entre los participantes en los procedimientos. De hecho, el uso de un facilitador neutral que sea distinto e independiente del Estado puede ayudar a demostrar un cambio en el enfoque punitivo para responder a la violencia (tanto criminal como estructural) del pasado. Hay una serie de prácticas específicas para cada contexto en las que se utilizan los procesos de justicia restaurativa para abordar los delitos internacionales junto con otros mecanismos de justicia de transición. Estas experiencias reflejan las circunstancias sociales, políticas y culturales del país en transición. Dicho esto, a la vez proporcionan algunas lecciones sobre los éxitos, las tensiones y los desafíos de ir más allá de la justicia retributiva y participar en procesos más restaurativos e informales para reparar el daño de las víctimas y mejorar la cohesión social.

29 Sara Kendall, más allá del giro restaurador: The limits of legal humanitarianism, en C. De Vos, y S. Kendall, y C. Stahn (eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*. (CUP 2015), p. 352-376.

30 Luke Moffett, *Justice for Victims before the International Criminal Court* (Routledge 2014), p89-90.

31 Véase más adelante la discusión sobre Amnistía y Perdón.

32 McEvoy y Mallinder n.19, p428.

33 Ver Cheryl Lawther, *Truth, Denial and Transition: Northern Ireland and the Contested Past* (Routledge 2014).

Las Cortes Gacaca de Ruanda

12. En respuesta al genocidio en Ruanda se establecieron tres mecanismos: el Tribunal Penal Internacional para Ruanda,³⁴ los tribunales nacionales³⁵ y los tribunales gacaca (“sobre el pequeño césped”) a nivel comunitario.³⁶ Los 12.000 tribunales gacaca de Ruanda se crearon para permitir el enjuiciamiento y los juicios rápidos, con el fin no sólo de castigar, sino también de ayudar a “reconstituir la sociedad ruandesa” mediante la imposición de penas que permitieran a los condenados “enmendarse a sí mismos y favorecer su reinserción” en la sociedad ruandesa.³⁷ Basándose en el modelo tradicional gacaca de resolución informal de disputas en la comunidad, los tribunales gacaca modernos pretendían ir más allá del castigo y la reintegración de los delincuentes a través del trabajo comunitario en un proceso en el que participaban las víctimas, los perpetradores y los miembros de la comunidad.
13. En cuanto al proceso, si bien a las víctimas se les dio un papel participativo, al igual que a otras personas parte de las audiencias comunitarias, a menudo permanecieron en silencio proporcionando únicamente su declaración como testigos.³⁸ Con el tiempo, su participación disminuyó, ya que la mayoría de los miembros de la comunidad eran campesinos, que no podían permitirse pasar un día a la semana en las audiencias, sufrieron “agotamiento del juicio” con pocos incentivos, más allá de la curiosidad por participar en otra audiencia, o los casos eran demasiado individualizados, sin abordar narrativas más amplias o complejas del período, como los crímenes de guerra cometidos por las fuerzas del gobierno (FPR) contra los hutus.³⁹ Otros fueron desanimados de participar o aparecer como testigos debido a la intimidación, el ostracismo de la comunidad, o ser acusados falsamente.⁴⁰ Sin embargo, en la práctica sigue existiendo una relación desigual que afecta a las personas que participan en los tribunales gacaca. El papel tradicional del juez (*inyangamugayo*) pasó de ser un mediador a ser un árbitro de la culpa y el castigo. Los perpetradores se presentaron en los tribunales gacaca con trajes color rosa bajo custodia armada, sin representación legal. Se alentaron las acusaciones para descubrir a los responsables y la verdad,⁴¹ y se estableció la culpabilidad sobre la base de una carga de la prueba *a primera vista*.⁴² El sistema en sí mismo, a la vez que se basa en la justicia comunitaria tradicional, es un mecanismo retributivo destinado a tratar con los perpetradores de nivel medio y de base del genocidio.

34 En el que se trató con 93 líderes, comandantes militares y altos perpetradores.

35 El que se dirigió a 10.000 perpetradores de alto nivel o más responsables.

36 El que trató con 1,2 millones de participantes de bajo nivel en el genocidio.

37 Preámbulo Ley Orgánica n° 40/2000 de 26 de enero de 2001 modificada por la Ley Orgánica n° 16/2004 de 19/6/2004.

38 Penal Reform International (PRI), *The contribution of the Gacaca jurisdictions to resolving cases arising from the genocide Contributions, limitations and expectations of the post-Gacaca phase*, (2010), p17.

39 Lars Waldorf, Rwanda’s failing experiment in restorative justice, en D. Sullivan y L. Tiff (eds.) *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge (2006), 422-435, p429; y PRI 2010, p18.

40 *Justice Compromised The Legacy of Rwanda’s Community-Based Gacaca Courts*, Human Rights Watch (2011), p86-98; y PRI 2010, p17-18.

41 Rosemary Nagy, Traditional Justice and Legal Pluralism in Transitional Context: The Case of Rwanda’s Gacaca Courts, en J. Quinn (ed.), *Reconciliation(s): Transitional Justice in Postconflict Societies*, (McGill-Queen’s University Press 2009), 86-115, p93-94.

42 Nicholas A. Jones, *The Courts of Genocide: Politics and the Rule of Law in Rwanda and Arusha*, (Routledge 2009), p70.

14. El Gobierno de Ruanda tiene la intención de que el castigo de los implicados en el genocidio contribuya a facilitar su reintegración en sus comunidades de origen.⁴³ El sistema judicial de gacaca tenía por objeto incentivar a los perpetradores ofreciéndoles una pena reducida (por la mitad) si se declaraban culpables, mostraban remordimiento al decir la verdad y se disculpaban ante las víctimas, y realizaban servicios comunitarios o indemnizaciones a las víctimas, lo que les permitía restablecer la confianza con los miembros de su comunidad de origen y con las víctimas.⁴⁴ Sin embargo, este tipo de servicio comunitario a menudo se lleva a cabo lejos de las víctimas y de su comunidad, lo que les proporciona pocos beneficios directos. Las confesiones se hicieron en parte, en el caso de delitos menores, para culpar en mayor medida a los que habían sido asesinados o se encontraban en el exilio o para saldar cuentas, y se denunció que los autores habían actuado en connivencia en sus confesiones para ocultar pruebas y limitar su responsabilidad.⁴⁵ Los agresores eran a menudo indigentes, incapaces de pagar una indemnización o de devolver los bienes que habían robado después de años de prisión, lo que provocó que algunas víctimas abandonaran el proceso de los gacaca. Otros negociaron directamente con los perpetradores para obtener dinero y comprar su silencio.⁴⁶ Algunas víctimas consideraron que las disculpas carecían de sinceridad y que eran fundamentales para que los perpetradores obtuvieran una sentencia más leve.⁴⁷ Además, las cortes gacaca no lograron integrar una perspectiva de género, aunque el gobierno fue proactivo al incluir a las mujeres como juezas (*inyanamugayo*); la violación sólo se agregó en 2008 a pesar de ser una característica del genocidio; y hubo un incómodo equilibrio con las víctimas que se presentaron frente a su propia comunidad con audiencias *a puerta cerrada* (confidenciales en privado) para los delitos de violencia sexual que parecían contradecir los objetivos de la gacaca en cuanto a fomentar el debate público y la participación comunitaria.⁴⁸
15. La experiencia carcelaria y de servicio a la comunidad ha tenido resultados mixtos. El trabajo de servicio comunitario se determinó en base a las necesidades de la región, pero incluyó actividades como la reparación de vías, la reconstrucción de casas de las víctimas, la construcción de puentes o la plantación de árboles. Mientras que la mayor parte del servicio comunitario se lleva a cabo a través del *Travail d’Intérêt Général* (TIG – obras de interés público) del gobierno ruandés, reduciendo a la mitad la sentencia en la que confesaron y reconocieron su delito. Esto significaba que una persona condenada a 20 años de prisión podía ser condenada a 10 años, cumpliendo el 50%, es decir, cinco años de servicio comunitario a tiempo completo. Aquellos que hacen servicio comunitario, conocidos como ‘tigistes’ tienen que trabajar tres días a la semana, y donde se alojan en un campamento, sus días se combinan. La institución para la que trabajan les proporciona medicamentos, comida y alojamiento, ropa y educación suministrada por el Servicio Correccional Ruandés.⁴⁹ Según Brehm et al, el 29% (91.556) de los casos tratados por los tribunales gacaca

43 Phil Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda Justice without Lawyers*, (CUP 2010), p249.

44 *Ibid.*, p. 251.

45 Penal Reform International, *Eight Years On... A Record of Gacaca Monitoring in Rwanda* (2010), p36; y Clark, p209.

46 PRI *ibid.*, p. 46; Clark, n 43, p. 179; HRW n 40, p. 80.

47 Clark n.43, p. 250.

48 Pietro Sullo, *más allá del genocidio: Justicia transicional y tribunales Gacaca en Ruanda: The Search for Truth, Justice and Reconciliation*, Springer (2018), p212-213.

49 Orden presidencial N° 66/01, de 11 de febrero de 2012, por la que se determinan las modalidades de aplicación del servicio comunitario como pena alternativa al encarcelamiento.

están relacionados con obligaciones de servicio comunitario.⁵⁰ En su evaluación de las sentencias, Brehm et al. encontraron que los perpetradores de alto nivel (Categoría 1) que no reunían los requisitos para recibir una sentencia comunitaria fueron condenados por un promedio de 19 años, excluyendo las cadenas perpetuas, mientras que los perpetradores de nivel medio que cometieron asesinato, violación y tortura (Categoría 2) fueron condenados por un promedio de 15 años.⁵¹ Los autores de delitos contra la propiedad de categoría 3 no pasaron tiempo en prisión ni prestaron servicios a la comunidad, sino que se les impusieron multas (90%) por un promedio de \$11 USD o un acuerdo con las víctimas, algunos (9%) de los que fueron iniciados por el perpetrador que deseaba ser perdonado y devolvió los bienes de las víctimas.⁵²

16. Hay algunas investigaciones que sugieren que los ex prisioneros que participaron en los tribunales gacaca y trabajaron en el servicio comunitario a través de TIG han permanecido avergonzados o en silencio acerca de su papel durante el genocidio una vez que fueron liberados, particularmente con su familia, consolidando la negación.⁵³ El impacto de la separación de los perpetradores de sus familias también ha causado problemas matrimonial, ya que son incapaces de contribuir a su patrimonio y bienestar, sus parejas se vuelven a casar y varios tigistes se suicidan en los campamentos de TIG o abandonan el país al ser liberados, en lugar de regresar a su comunidad.⁵⁴ Otros han encontrado el servicio comunitario útil para darles nuevas habilidades y experiencia laboral, o al menos más condiciones de vida que en una prisión con menos vigilancia y contacto con el mundo exterior.⁵⁵
17. En cuanto a las víctimas, estaban divididas en torno a la TIG, algunos temían que los tigres saldaran viejas cuentas por la noche, pero estas preocupaciones no se materializaron, ya que a menudo trabajaban lejos de sus comunidades de origen y no tenían ninguna razón para abandonar el campamento por la noche, ya que sus familiares y amigos estaban demasiado lejos.⁵⁶ Esto no niega que las víctimas seguían temiendo la proximidad de antiguos genocidas en la comunidad y que el servicio comunitario no mitigó esto para todos.⁵⁷ Para algunas víctimas, ver a los tigistes reconstruir su casa o trabajar junto a ellos en los campos ayudó a aliviar sus temores. En términos más generales, la sociedad en Ruanda inicialmente percibía la liberación anticipada y el servicio comunitario como un “truco”, pero ya que aquellos que no confesaban permanecieron en prisión durante tiempo extra, sus percepciones empezaron a cambiar, junto con los programas de sensibilización del Estado, y acogieron con beneplácito la oportunidad de obtener beneficios económicos de la TIG en las comunidades.⁵⁸
18. El proceso de la corte gacaca proporcionó un foro para enfrentar la amplia participación de individuos en el genocidio, posicionar a la comunidad para avergonzar a los perpetradores a través de sus confesiones, expresar valores morales

50 Hollie Nyseth Brehm, Christopher Uggen y Jean-Damascène Gasanabo, Genocide, Justice, and Rwanda's Gacaca Courts, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 30(3) (2014) 333-352.

51 Ibid., p344.

52 Ibid. p340-341.

53 Théoneste Rutayisire y Annemiek Richters, Everyday suffering outside prison walls: A legacy of community justice in post-genocide Rwanda, *Social Science and Medicine* 120 (2014) 413-420, p417.

54 Ibidem.

55 PRI, *Monitoring and Research Report on the Gacaca Community Service (TIG): Areas of reflection*, (marzo de 2007), p22-23.

56 Véase ibid.

57 IIP 2007, p35.

58 PRI 2007, n. 55, p28-31.

para contribuir a prevenir la repetición de la violencia, permitiendo al mismo tiempo cierta recuperación de la verdad, expresión de remordimiento y reintegración.⁵⁹ Aunque la confesión, la disculpa y el remordimiento eran parte integral del sistema gacaca, para permitir tal vergüenza reintegrativa se requiere una “comunidad suficientemente coherente y comprometida para tener la capacidad de reintegrar a un malhechor”.⁶⁰ Como resultado, el ‘gacaca siempre ha sido una mezcla incómoda de justicia restaurativa y retributiva’ que con el tiempo se volvió ‘menos participativa y más coercitiva’.⁶¹

Irlanda del Norte

19. En Irlanda del Norte, hay una serie de procesos de restauración informales a los que han contribuido los excombatientes: la justicia restaurativa comunitaria; la búsqueda de los desaparecidos; y una serie de iniciativas de recuperación de la verdad. El primero de estos han sido los esfuerzos realizados durante los últimos veinticinco años para transformar la violencia de los grupos armados dentro de las comunidades, que a menudo llevaban a cabo ataques de castigo contra presuntos delincuentes antisociales como parte de sus actividades “policiales” en las zonas de clase trabajadora.⁶² Cuando se convocó el cese al fuego por parte de los paramilitares en 1994, estas “actividades policiales” continuaron. Posteriormente, el compromiso entre los actores de derechos humanos y de la sociedad civil y los grupos armados republicanos y lealistas condujo finalmente a la creación de programas de justicia reparadora basados en la comunidad como alternativas a la violencia. Estos proyectos no violentos y legales, muchos de ellos con personal de antiguos combatientes, se basaron en los principios y prácticas de la justicia restaurativa.⁶³ Aparte de los excombatientes, emplearon miembros de la comunidad local, que actuaron como voluntarios para proporcionar autoridad moral y legitimidad a un enfoque no violento en la mediación de disputas, siguiendo los valores de la justicia reparadora con un proceso flexible.⁶⁴ Si bien el número de ataques ha disminuido notablemente dentro de las comunidades, tales ataques continúan por parte de grupos republicanos y lealistas disidentes.⁶⁵ Sin embargo, la violencia de castigo del IRA ha cesado por completo. En 1996 se produjeron 302 tiroteos de castigo por parte de grupos lealistas y republicanos, que en 2006 habían bajado a 49.⁶⁶ Estos procesos de restauración de los excombatientes tuvieron el efecto de transformar la resolución de disputas de la comunidad, reduciendo la distancia entre la víctima, los infractores y la comunidad,⁶⁷ y al mismo tiempo facilitaron un uso común del

59 Clark n.43, p205.

60 Martha Minow, *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, Princeton University Press 2002, p75.

61 Waldorf n.39, p422-423.

62 Como el tráfico de drogas y los robos. Esos ataques implicaban una serie de castigos, como advertencias, palizas, disparos y exilio. Véase Anna Eriksson, *Restorative Justice in the Northern Ireland Transition*, (Wilan 2009), 341-361, p344.

63 Kieran McEvoy y Peter Shirlow, Reimagining DDR: Ex-combatants, leadership and Moral Agency in Conflict Transformation, *Theoretical Criminology* 13(1) (2009) 31-59, p37; y Kieran McEvoy y Harry Mika, Restorative Justice and the Critique of Informalism in Northern Ireland, *British Journal of Criminology*, 43(3) (2002) 534-563.

64 Eriksson n.62, p345.

65 Henry McDonald, Northern Ireland ‘punishment’ attacks rise 60% in four years, *The Guardian*, 12 March 2018.

66 Para una discusión véase Tim Chapman y Hugh Campbell, Working across frontiers in Northern Ireland: The contribution of community-based restorative justice to security and justice in local communities, en Kerry Clamp (ed.), *Restorative Justice in Transitional Societies*, (2016) 115-132, p119. Ver estadísticas recientes desde 2003 aquí: <https://www.psnipolice.uk/inside-psni/Statistics/security-situation-statistics/security-situation-statistics-archive/>

67 Ibidem.

lenguaje de los derechos humanos para permitir a los participantes y al Estado que tomen decisiones desde “abajo hacia arriba”.⁶⁸ Los temores de que tales procesos restauradores extiendan el “control” de los paramilitares sobre su comunidad durante la paz o excluyan el sistema estatal han demostrado ser infundados.⁶⁹ En cambio, la justicia restaurativa comunitaria ha proporcionado “andamiaje”, que permite un espacio seguro y neutral y un proceso de diálogo para que las personas afectadas por el conflicto puedan relacionarse con los demás de manera constructiva”.⁷⁰

20. La participación de los paramilitares en la búsqueda de soluciones al daño que causaron también es evidente en otros dos aspectos. Durante el conflicto de Irlanda del Norte, 16 personas fueron desaparecidas por grupos armados no estatales (principalmente el IRA). Para ayudar a facilitar la recuperación de los restos de las víctimas, los gobiernos británico e irlandés crearon en 1999 la Comisión Independiente para la Localización de los Restos de las Víctimas (ICLVR)⁷¹. En el intento de incentivar la recuperación de información, la ICLVR ofrece una amnistía *de facto* para aquellos individuos que presenten información relacionada con la recuperación de los desaparecidos. La oferta de inmunidad judicial es totalmente pragmática y refleja la realidad de que sin la contribución de los directamente implicados en el acto de desaparición, la recuperación de los restos de las víctimas sería muy improbable, si no imposible. Por supuesto, dada la garantía de no enjuiciamiento, ha habido poco margen para que el movimiento republicano no cooperara con la recuperación de los restos de los desaparecidos. A finales de 2018, los restos de 13 de los 16 desaparecidos han sido recuperados y devueltos a sus familias para su entierro. Sin embargo, la ICLVR se ha concentrado en el único objetivo de determinar la ubicación de los restos de las víctimas que fueron desaparecidas - objetivos más amplios de verdad y reconocimiento no fueron incorporados en su trabajo. De hecho, tales objetivos pueden haber sido contrarios a la naturaleza “silenciosa” de su funcionamiento.⁷² Basándose en el modelo de la ICLVR, más recientemente, y como parte del Acuerdo de Stormont House de 2014, se ha propuesto un órgano de recuperación de la verdad, la Comisión Independiente para la Recuperación de Información, sobre una base jurídica similar, que permitiría a las víctimas buscar y recibir en privado información sobre la muerte de sus familiares por parte de excombatientes.⁷³
21. Fuera de este marco legal, algunas víctimas se han comprometido directamente con grupos paramilitares para descubrir más información sobre la muerte de sus seres queridos a través de canales informales. Ejemplos notables incluyen el trabajo de varias organizaciones de víctimas que han actuado como interlocutores entre las familias de las víctimas y antiguos miembros de organizaciones paramilitares en la búsqueda de respuestas a preguntas de importancia para los miembros de la familia. El mismo proceso ha apoyado la rehabilitación de la reputación de informantes asesinados por el IRA, en las que se llevaron a cabo investigaciones internas y se

68 Véase Kieran McEvoy y Anna Erikson, Restorative Justice in Transition: ownership, leadership, and ‘bottom-up’ human rights, *Handbook of Restorative Justice* (2006) 321-337.

69 Kieran McEvoy y Harry Mika, Punishment, policing and praxis: Restorative justice and non-violent alternatives to paramilitary punishments in Northern Ireland, *Policing and Society: An International Journal*, 11(3-4) (2001), 359-382, p376-377.

70 Chapman and Campbell n.66, p117.

71 La Ley de Irlanda del Norte (Localización de los restos de las víctimas) de 1999 fue aprobada por el Gobierno británico, y la Ley de justicia penal (Localización de los restos de las víctimas) de 1999 fue aprobada por el Gobierno irlandés.

72 Véase Lauren Dempster, «Quiet» Transitional Justice: «Publicness», Trust and Legitimacy in the Search for the «Disappeared», *Social & Legal Studies*, 22(4) (2019) 1-27.

73 Acuerdo de Stormont House. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/390672/Stormont_House_Agreement.pdf

pidieron disculpas a las familias, luego publicadas en una revista republicana.⁷⁴ Sin embargo, estos compromisos informales se han vuelto más difíciles para los excombatientes por miedo a la autoincriminación y al enjuiciamiento, después de que se publicaran testimonios proporcionados por miembros de sus organizaciones ya fallecidos como parte de un proyecto de investigación del Boston College. Una vez que las cintas fueran citadas por la policía de Irlanda del Norte, fueron detenidos varios camaradas vivos implicados en las historias.⁷⁵ Por lo tanto, el intercambio informal de información puede representar un peligro para todas las partes involucradas.

Sudáfrica

22. Creada en 1996 para hacer frente a los horrores del apartheid y con el ambicioso objetivo de “reconciliar a una nación”, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (CVR) adoptó un lenguaje de sanación, perdón, reconciliación y justicia reparadora.⁷⁶ La justicia restaurativa se basa en la creencia de que el crimen o el comportamiento antisocial es “una violación de las personas y de las relaciones” y no simplemente una violación de la ley.⁷⁷ Como resultado, los enfoques restaurativos buscan identificar los “daños” causados por las acciones de los delincuentes a las víctimas individuales, a la comunidad en general y el daño causado por el castigo y la estigmatización de los propios delincuentes.⁷⁸
23. Al evitar las represalias, la CVR trató de restablecer las relaciones entre las víctimas y los perpetradores y reparar los daños sufridos por ambas partes.⁷⁹ Como se ha señalado anteriormente, para el Presidente de la CVR, el Arzobispo Desmond Tutu, este énfasis en la justicia restaurativa se asemeja a los enfoques tradicionales africanos para la transformación de conflictos: “la justicia occidental es en gran medida retributiva”.⁸⁰ El enfoque restaurador de la CVR también resonó con el concepto tradicional de Ubuntu como “humanidad” y respeto por la dignidad humana en el paso de la violencia a la reconciliación.⁸¹ Estos sentimientos fueron compartidos por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en su examen de la Ley de Reconciliación Nacional de 1995 que estableció la CVR,

alentando a estos supervivientes y a las personas a cargo de los torturados y los heridos, los mutilados y los muertos a aliviar su dolor públicamente, a recibir el reconocimiento colectivo de una nueva nación de que fueron agraviados y, lo que es más importante, a ayudarlos a descubrir lo que en verdad les sucedió a sus seres queridos, dónde y bajo qué circunstancias ocurrió, y quién fue el responsable. Esa verdad, que las víctimas de la represión buscan tan desesperadamente conocer, es, en estas circunstancias, mucho más probable que sea revelada si se alienta a los responsables de tan monstruosos delitos

74 Véase Ron Dudai, Closing the gap: symbolic reparations and armed groups, *International Review of the Red Cross* 93(883) septiembre de 2011, 783-808.

75 Boston College tapes: Truth-recovery pie in the sky as long as shadow of arrest looms, *Belfast Telegraph*, 30 de enero de 2015.

76 Charles Villa-Vicencio, Restorative Justice: Dealing with the Past Differently, en C. Villa-Vicencio y W. Verwoerd (eds.), *Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, (University of Cape Town Press 2000).

77 Howard Zehr, Doing Justice, Healing Trauma: The Role of Restorative Justice in Peacebuilding, *South Asian Journal of Peacebuilding* 1 (2000) 2-16.

78 Braithwaite n.16.

79 Kerry Clamp y Jonathan Doak. More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings, *International Criminal Law Review*, 12 (2012) 339-360.

80 Citado en Minow n.2, p.81

81 *umuntu ngumuntu ngabantu* – ‘people are people through other people’. TRC Volumen 1, Capítulo 5, p127.

a revelar toda la verdad con el incentivo de que no recibirán el castigo que indudablemente merecen si lo hacen. Sin ese incentivo no hay nada que anime a tales personas a divulgar información y a revelar la verdad que las personas en las posiciones de los solicitantes tan desesperadamente desean. Con ese incentivo, lo que podría desarrollarse son objetivos fundamentales para la orientación del nuevo orden constitucional. Las familias de las personas torturadas, mutiladas o traumatizadas ilegalmente adquieren más poder para descubrir la verdad, los perpetradores se ven expuestos a oportunidades para obtener alivio de la carga de una culpa o de una ansiedad con la que podrían estar viviendo durante muchos años, el país comienza el largo y necesario proceso de sanar las heridas del pasado, transformar la ira y el dolor en una comprensión madura y crear el clima emocional y estructural esencial para la “reconciliación y la reconstrucción”, que informa sobre los muy difíciles y a veces dolorosos objetivos de la amnistía...⁸²

24. El enfoque restaurativo articulado por la CVR se puede dividir en cuatro aspectos:
- “busca redefinir la delincuencia: desplaza el enfoque principal de la delincuencia de la infracción de leyes o delitos contra un Estado sin rostro a una percepción de la delincuencia como una violación contra los seres humanos, como una lesión o un daño causado a otra persona;
 - se basa en la reparación: su objetivo es la sanación y la restauración de todos los afectados, en primer lugar de las víctimas, pero también de los delincuentes, sus familias y la comunidad en general;
 - alienta a las víctimas, a los delincuentes y a la comunidad a participar directamente en la resolución de conflictos, con el Estado y los profesionales del derecho como facilitadores;
 - apoya un sistema de justicia penal que tiene como objetivo la rendición de cuentas de los delincuentes, la plena participación tanto de las víctimas como de los delincuentes y la reparación o corrección de lo que está mal”.⁸³
25. La importancia de la plena participación de los excombatientes y su contribución a la recuperación de la verdad también se enmarcó dentro de una perspectiva restauradora:
- “que la responsabilidad de los perpetradores se extienda a la contribución a la restauración del bienestar de sus víctimas. ...El hecho de que se conceda la libertad a las personas sin asumir la responsabilidad de alguna forma de restitución sigue siendo un problema importante en el proceso de amnistía. Sólo si la verdad emergente desencadena una dinámica social que incluya la reparación del sufrimiento de las víctimas, alcanzará el ideal de la justicia reparadora”.⁸⁴

Por estas razones, la CVR, a través de las audiencias del Comité de Amnistía, ofreció una amnistía condicional a los ex combatientes que participaron en el proceso de recuperación de la verdad. Se estableció un cierto alcance para la presencia y participación de las víctimas en las audiencias del Comité de Amnistía.⁸⁵ Los

82 Mahomed DP, *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, (CCT17/96)[1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015; 1996 (4) SA 672 (25 de julio de 1996).

83 TRC Volumen 1, Capítulo 5, p126.

84 TRC Volumen 1, Capítulo 5, p131.

85 Jeremy Sarkin, *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Intersentia (2004).

derechos de las víctimas incluían el derecho a ser notificadas de las audiencias y a estar presentes, a proporcionar pruebas (declaraciones orales o escritas) que se tomaran en consideración, a prestar testimonio formal (bajo juramento y sujeto a conainterrogatorio), a interrogar a los postulantes a amnistía (en persona o a través de su abogado), así como a solicitar una revisión judicial de las decisiones de amnistía.⁸⁶ Además, y en casos excepcionales a petición de la víctima, las audiencias estuvieron acompañadas de “diálogos interpersonales entre bastidores” entre las víctimas y los perpetradores, facilitados por el personal de la CVR. Además de contribuir a la restauración de las víctimas, decir la verdad ayudó a promover la reintegración de los excombatientes en la sociedad, contribuyó a la elaboración de narrativas más ricas e inclusivas sobre las que se podía formar una historia compartida y se podía ayudar a promover la comprensión social de las causas de la violencia.⁸⁷

26. Dicho esto, se han hecho una serie de críticas a la capacidad restauradora de la CVR. En primer lugar, la naturaleza legal de las audiencias de los comités de amnistía a menudo dejó a las víctimas como espectadoras de los debates legales entre sus propios abogados y otros de la defensa en las audiencias.⁸⁸ Las reuniones informales facilitadas por el personal y los abogados de la CVR ofrecieron una manera más directa de obtener la verdad y evaluar la sinceridad del remordimiento del perpetrador. Sin embargo, no fueron organizadas por la CVR y el plazo de las audiencias puede haber sido demasiado pronto para que las víctimas se involucraran en tales procesos.⁸⁹
27. En segundo lugar, las audiencias de amnistía no requerían que los perpetradores expresaran remordimiento o una disculpa, sino sólo la verdad, aunque a veces los perpetradores expresaron pesar y simpatía, otros presentaron una disculpa de rutina y algunos incluso justificaron sus acciones.⁹⁰
28. En tercer lugar, la separación de los comités de amnistía, violaciones y rehabilitación y reparación limitó el aspecto relacional del intercambio de información entre los autores y las víctimas. Aunque los comités permitieron la transferencia de información entre ellos y ofrecieron oportunidades para que las víctimas se relacionen con los perpetradores, el sistema no se estableció para facilitar debates detallados sobre la verdad, como la ubicación de los desaparecidos.⁹¹ Numerosos investigadores participaron en el comité de amnistía para verificar los hechos y las identidades, así como para localizar a las víctimas, pero se trataba de una cantidad considerable de trabajo y tiempo para recopilar y cotejar esa información.
29. Cuarto, la percepción de que la CVR es más “amigable con el perpetrador”, en particular la comisión de amnistía, no se vio favorecida por el hecho de que la CVR pudiera resolver la situación legal del perpetrador confirmando o negándole una amnistía, mientras que, a pesar de hacer recomendaciones para obtener

86 Véase Antje du Bois-Pedain, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge University Press (2007).

87 Ver McEvoy y Mallinder n.19.

88 Timothy Sizwe Phakathi y Hugo van der Merwe, The Impact of the TRC's Amnesty Process on Survivors of Human Rights Violations, en A. Chapman y H. van der Merwe (eds.), *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?*, (University of Pennsylvania Press 2007) 116-142, p136.

89 Sizwe Phakathi y van der Merwe ibíd., p. 138-139.

90 Madeleine Fullard y Nicky Rousseau, Uncertain borders: The TRC and the (un)making of public myths, *Kronos* 34(1) (2008), 215-239, p223.

91 477 desapariciones fueron reconocidas por la CVR en parte sobre la base de la información proporcionada por los perpetradores y han sido utilizadas como punto de partida para su recuperación y nuevo entierro por el Equipo de Trabajo sobre Personas Desaparecidas. Véase Jay D. Aronson, The Strengths and Limitations of South Africa's Search for Apartheid-Era Missing Persons, *International Journal of Transitional Justice* 5 (2011), 262-281.

reparaciones, las víctimas tuvieron que esperar años para que estas fueran implementadas por el Estado.⁹² A pesar de la promesa de restauración, el alcance de las reparaciones se limitó a las víctimas que testificaron ante la CVR, dentro de su definición de violaciones graves de los derechos humanos, y a la posterior implementación parcial por parte del gobierno sudafricano.

30. Las expectativas pueden variar ampliamente entre las víctimas, desde confrontar a los responsables, encontrar la verdad o la ubicación de los restos de un ser querido, obtener reconocimiento y reparación o una disculpa, o contribuir a la sanación y reconciliación del país.⁹³ En cuanto a la justicia y las reparaciones, la participación de las víctimas era una manera de poner de relieve sus intereses en la rehabilitación económica, como la educación o el desarrollo de aptitudes, como medio para afirmar su dignidad después de haber vivido bajo la represión del apartheid.⁹⁴ El apoyo psicosocial no fue proporcionado por la CVR, sino que por otros grupos, como el Khulumani Support Group; sin embargo, esos grupos no tuvieron capacidad para prestar servicios a miles de víctimas y otros participantes.⁹⁵ La experiencia sudafricana ofreció innovación en la exploración de la verdad y la interacción perpetradores-víctimas, pero sin servicios de apoyo, no informó a las víctimas de lo que podían esperar desde el principio, proporcionó un enfoque limitado sobre violaciones graves específicas y las reparaciones parciales y tardías ofrecidas perdieron la oportunidad de asegurar una respuesta unificada para afrontar el pasado. Además, tener una ceremonia de reconocimiento o un relato revelador veraz por parte de un perpetrador puede no contribuir por sí mismo a la sanación. Esto puede reflejar una tendencia más amplia de expectativas que superan la capacidad de cualquier comisión, lo que exige modestia en cuanto a lo que esos mecanismos pueden hacer frente a las atrocidades en masa.

Otros contextos

31. El uso de la justicia restaurativa o los rituales tradicionales para abordar los delitos relacionados con el conflicto es evidente en varios otros contextos.⁹⁶ En el norte de Uganda, las prácticas tradicionales de los Acholi se incorporaron al Acuerdo de Paz de Juba entre el Ejército de Resistencia del Señor (LRA, por sus siglas en inglés) y el gobierno de Uganda, junto con la creación de una división de crímenes de guerra para proporcionar un “marco general de justicia” a través de “mecanismos de justicia alternativos formales y complementarios”.⁹⁷ A pesar de que el acuerdo final de paz no ha sido firmado formalmente por el LRA, se están llevando a cabo una serie de ceremonias tradicionales para facilitar la cohesión de la comunidad y mediar en los conflictos. Otras medidas que se han promulgado, como la Ley de amnistía de 2000, que otorga una amnistía general a cualquier persona en rebelión, no condiciona tal beneficio sobre la contribución del amnistiado a la verdad, la rendición de cuentas o la reparación.⁹⁸ En ausencia de procesos integrales conjuntos para abordar el pasado, las ceremonias tradicionales del pasado, cuyo uso muestra resultados contemporáneos mixtos por parte de los individuos involucrados, se han

92 TRC, Vol. 6, p84.

93 Sizwe Phakathi y van der Merwe n.88, p122.

94 Ibidem, p. 126.

95 Ibidem, p. 127.

96 Como Kenia, Somalia, Mozambique, Islas Salomón, Papúa Nueva Guinea, Sierra Leona y Angola. Véase Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (Hart 2008), p187.

97 Cláusula 5.3 del Acuerdo y cláusula 19 del Anexo.

98 La naturaleza general de la amnistía ha sido reinterpretada por el Tribunal Supremo de Uganda en 2015.

buscado excombatientes y víctimas para apoyar su reintegración y normalización de su lugar en la comunidad. Estas ceremonias tradicionales se enmarcan en el restablecimiento de la armonía en la comunidad a través de que el clan asuma la responsabilidad de las acciones de sus miembros, ya sea a través de ceremonias de reconciliación interna o externa con otros clanes.⁹⁹ *Nyoo tong gweno* (pisar un huevo sobre una rama de opobo) es un ritual de limpieza utilizado para purificar a los que han estado lejos de casa durante mucho tiempo, y se aplica para dar la bienvenida a los antiguos niños soldados.¹⁰⁰ También hay ritos de inhumación como el *inko cogo* (inhumación de los huesos) y la limpieza de la zona ha facilitado los entierros apropiados, las reuniones familiares y el regreso de algunos miembros de la comunidad de los campamentos de desplazados, mediante la eliminación de los malos espíritus causados por el derramamiento de sangre sobre la tierra durante la guerra.

32. Una de las ceremonias tradicionales más discutidas en Acholi es el *mato oput* (beber la raíz amarga), donde las partes beligerantes se reconcilian después de que la parte o clan responsable reconoce su maldad frente a la comunidad, proporciona un relato veraz, hace una compensación al clan de la víctima (*culo kwor*) para reparar el daño, y luego ambos clanes comparten una comida juntos. Cuando los clanes están en guerra entre sí, la ceremonia de *mato oput* puede vincularse a negociaciones sobre reparaciones apropiadas por el daño causado y seguida por el *gomo tong* (doblado de lanzas) para prevenir la recurrencia de la violencia. Las instituciones culturales y religiosas también han desempeñado un papel clave en la promoción de la sanación y la reconciliación entre las comunidades afectadas¹⁰¹ Sin embargo, estos mecanismos no proporcionan un reconocimiento oficial de responsabilidad o daño y hay pocas reparaciones correspondientes por parte del Estado para las víctimas. Si bien se proporcionan paquetes únicos de reintegración a los postulantes a la amnistía (70 dólares y herramientas), no existe un apoyo correspondiente para las víctimas. Como dijo un entrevistado del norte de Uganda por el equipo: “Soy una víctima, pero no tengo los beneficios de un perpetrador, que también es una víctima”.¹⁰²
33. Del mismo modo, en Timor Oriental, había tres mecanismos para hacer frente a la guerra de ocupación y liberación, desde la Comisión de la Verdad (CAVR), la Unidad de Delitos Graves (CRU, por sus siglas en inglés) para ocuparse de los autores principales, hasta el Proceso de Reconciliación Comunitaria (CRP, por sus siglas en inglés) a nivel de base. Los perpetradores presentarían voluntariamente una solicitud por escrito a la CAVR, que se enviaría a la Fiscalía General para que la examinara si tuviera que comparecer ante la CRU; de lo contrario, se presentaría ante el CRP. El CRP invocó la mediación comunitaria tradicional para reintegrar a más de 1.000 perpetradores, debido a la devastación causada por la ocupación y el conflicto en el sistema de justicia penal.¹⁰³ El CRP o *nahe biti bo'ot* (“estirar el tapete” donde se sientan los perpetradores, las víctimas y el consejo de los ancianos de la comunidad) incluía la mediación entre la parte agraviada y el perpetrador en la forma de un panel de la comunidad. Este proceso culminaba en una ceremonia de un día, pero por lo general requería tres meses de negociación previa para llegar a un acuerdo,

99 Joanna R. Quinn, What of Reconciliation? Traditional Mechanisms of Acknowledgment in Uganda, en J. Quinn (ed.), *Reconciliation(s): Transitional Justice in Postconflict Societies*, (McGill-Queen's University Press 2009), 174-206, p190-191.

100 Quinn ibíd., pág. 188.

101 Véase Erin K. Baines, The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda, *International Journal of Transitional Justice*, 1(1)(2007), 91-114.

102 Entrevista, Gulu, Uganda del Norte, julio de 2011.

103 1.371 perpetradores pasaron por el CRP. ¡Ve a ver a Chega! Parte 9: Community Reconciliation, párrafo 6.

que ayudaría a restaurar el equilibrio entre el mundo espiritual y el físico, perturbado por la maldad.¹⁰⁴

34. La ceremonia en sí se basó en los rituales tradicionales de *lisan* y se abría con una oración de un sacerdote católico en el idioma local.¹⁰⁵ El agresor haría una declaración sobre sus actos responsables, con preguntas del panel del CRP, las víctimas y los miembros de la comunidad. Esto a menudo no resultó en el interrogatorio de sus cómplices, sino que las preguntas de las víctimas se concentraban en “cuestiones idiosincrásicas” importantes para ellas mismas.¹⁰⁶ Cuando se llegaba a un acuerdo, todos los participantes lo leían y firmaban, y el autor pedía disculpas a la comunidad, pagaba una multa a la víctima o concedía una reparación simbólica (por ejemplo, joyas o tejidos), o servicios comunitarios (reconstrucción de bienes, limpieza o reparación de infraestructuras) y renuncia a toda forma de violencia con fines políticos. A partir de entonces serían bienvenidos de nuevo y se les concedería inmunidad de responsabilidad civil y penal.¹⁰⁷ Estos “actos de reconciliación” no tenían la intención de “cargar” a los perpetradores con obligaciones más allá de sus posibilidades.¹⁰⁸ Los que rompieron sus compromisos con la víctima o la comunidad se enfrentaron a un año de prisión o a una multa de 3.000 dólares.¹⁰⁹ En caso de que no se llegara a un acuerdo, se remitiría a la policía. La mayoría de los perpetradores antes del CRP eran personas de bajo nivel, la mayor parte de los cuales habían cometido robos.
35. Para las víctimas, el CRP les permitió confrontar a su perpetrador y averiguar alguna medida de verdad, o al menos destilar alguna información del rumor, la exageración y las mentiras durante el caos de la guerra.¹¹⁰ La capacidad de las víctimas para participar en el proceso era limitada, ya que no contaban con el apoyo de la CAVR ni se les informaba de lo que podían esperar. Las víctimas también tenían menos tiempo para prepararse que el perpetrador que hacía la solicitud, lo que agravaba sus frustraciones. Muchas víctimas no podían participar en las audiencias debido a un mal estado de salud, falta de transporte o no podían permitirse el lujo de tomarse un día libre de su trabajo en el campo; esto tenía una dimensión de género, ya que las mujeres a menudo estaban excluidas por los hombres de la familia o tenían que cuidar de sus hijos.¹¹¹ Los perpetradores sólo proporcionaron reparaciones simbólicas, y el Estado aún no ha aprobado el proyecto de ley de reparaciones de 2012. Además, las víctimas informaron que se sentían presionadas por la comunidad para que se reconciliaran con el perpetrador.¹¹² La participación de las víctimas en el CPR no significaba automáticamente que quisieran reconciliarse con el perpetrador, algunos consideraban que era una elección personal,¹¹³ otros que había un desequilibrio en favor de los intereses del perpetrador para asegurar una rápida reconciliación.¹¹⁴ Dicho esto, la CAVR señaló que la CRP de base tuvo el efecto de profundizar y

104 John Braithwaite, Hilary Charlesworth y Adérito Soares, *Networked Governance of Freedom and Tyranny: Peace in Timor-Leste*, Australian National University E-Press (2012), p206.

105 Braithwaite *ibid.*, p205-206.

106 Nancy Combs, *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press (2006), p. 221.

107 Elizabeth Stanley, *Torture, Truth and Justice: The Case of Timor-Leste*, Routledge 2008, págs. 113-114; y CAVR Parte 9, párrs. 80-83.

108 CAVR, Parte 9, párr. 80.

109 Stanley n.107, p114.

110 CAVR, parte 9, párr. 122.

111 Stanley n.107, p116-117.

112 CAVR, parte 9, párr. 132.

113 Piers Pigou, *Crying Without Tears: In Pursuit of Justice and Reconciliation in Timor-Leste: Community Perspectives and Expectations*, (ICTJ 2003), p43.

114 Stanley n.107, p120-121.

ampliar el alcance de los esfuerzos para hacer frente a la impunidad, llegando a todo el país, a nivel local, incentivando a los perpetradores para que reconozcan sus crímenes, asuman la responsabilidad de sus actos ilícitos y se esfuercen por remediar el daño causado a las víctimas y a su comunidad.¹¹⁵ Sin embargo, en el caso de los perpetradores más responsables de delitos graves, inclusive la violencia sexual, pudieron cruzar la frontera hacia Timor Occidental, escapando de la justicia ante el CRU y el CRP.¹¹⁶

Participación de las víctimas

36. La participación de las víctimas en las actuaciones relativas a crímenes internacionales ha ido en aumento desde su inclusión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.¹¹⁷ Esta inclusión en el Estatuto de Roma refleja la frustración de la sociedad civil y de las víctimas por el descuido de los intereses de las víctimas por parte de los tribunales anteriores.¹¹⁸ También coincidió con los acontecimientos internos, que incluyeron cada vez más víctimas en países de derecho civil, como *partie civile* o *Nebenklage*. El procedimiento *partie civile* en los países francófonos le permite a las víctimas iniciar acciones judiciales, participar como parte en los procedimientos y presentar reclamaciones por daños y perjuicios adicionales a las de la Fiscalía.¹¹⁹ En los países de habla alemana, el procedimiento de *Nebenklage* permite a las víctimas designar a su propio abogado para que actúe como fiscal privado adicional, que puede inspeccionar los expedientes, presentar su caso en un juicio, interrogar a los testigos, oponerse a las órdenes y preguntas de los jueces, solicitar que se tomen pruebas y hacer declaraciones.¹²⁰ Además, las víctimas en los países de derecho islámico tienen derecho a enjuiciar privadamente a un delincuente y a reclamar una indemnización.¹²¹ En algunos países de derecho consuetudinario, las víctimas también pueden entablar acciones judiciales privadas y hacer declaraciones de impacto durante la sentencia.¹²²

115 CAVR, parte 9, párrs. 143-144.

116 Braithwaite n.104, p212.

117 Como las ECCC, EAC, STL y Kosovo. Arte. 17 Estatuto de la STL; Art. 22 Ley sobre las Salas Especializadas y la Fiscalía Especializada, 3 de agosto de 2015.

118 Véase Claude Jorda y Jérôme de Hemptinne, The Status and Role of the Victim, en A. Cassese, P. Gaeta, y R.W. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press 2002) 1387-1419; y Sergey Vasiliev, Article 68(3) and Personal Interests of Victims in the Emerging Practice of the ICC, en C. Stahn y G. Sluiter (eds), *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Brill 2009) 635-690; y Moffett n.30, 86-142.

119 Véanse los artículos 52 y 706-742 del Código Penal francés; los artículos 85-91, 371-375 y 418-426 del Código de Procedimiento Penal francés.

120 Artículos 397 y 403-406 del Strafprozessordnung del Código Penal alemán.

121 Hossein Esmaeili y Jeremy Gans, Islamic Law across Cultural Borders: The Involvement of Western Nationals in Saudi Murder Trials, *Denver Journal of International Law and Policy* 28 (1999-2000) 145-174, p149-150.

122 En el Reino Unido, el artículo 6 de la Ley de enjuiciamiento de delitos de 1985 regula los enjuiciamientos privados. Véase Jonathan Doak, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties* (Hart 2008), p124-130.

37. Involucrar a las víctimas en los procesos de toma de decisiones puede ayudarlas a expresar su voz en los asuntos que las afectan, proporcionándoles cierta apropiación basada en sentimientos de respeto en cuanto la apreciación de sus voces.¹²³ Los psicólogos sociales llevan mucho tiempo investigando a los participantes sobre la equidad en la toma de decisiones y el proceso judicial. Su investigación indica que los participantes que pudieron ejercer su voz en procedimientos que les afectaron e influyeron en la toma de decisiones tuvieron mayor satisfacción que aquellos que no pudieron expresar sus puntos de vista.¹²⁴ Tyler aclara esto con respecto a la consistencia, representación y exactitud; la consistencia se basa en la comparación con la decisión anterior, la representación sobre la medida en que los participantes pueden presentar sus argumentos y la precisión en la forma en que se toman las decisiones, teniendo en cuenta las opiniones de los participantes.¹²⁵ Los beneficios para las víctimas que participan en las actuaciones pueden variar dependiendo de si están presentando directamente sus puntos de vista y preocupaciones ante un tribunal, comparecen como testigos o, de manera más indirecta, son nombradas en las actuaciones sobre sus daños o representadas a través de sus abogados. Para aquellos que participan directamente en los procedimientos, puede validar su experiencia de victimización y hacer que se sientan empoderados a través de la ley. Sin embargo, también puede ser estresante y causarles tensión psicológica a las víctimas cuando los procedimientos son largos.¹²⁶ Para aquellos que participan a través de sus abogados o ven a su perpetrador condenado, esto puede ser un reconocimiento de su sufrimiento, proporcionarles alguna medida de protección física al encarcelar a los perpetradores responsables y revelar alguna verdad sobre las atrocidades cometidas contra ellos.¹²⁷ Para algunas víctimas, la participación directa puede ser una experiencia mixta, como dijo una víctima entrevistada por los autores en Guatemala, que participó en juicio del ex presidente guatemalteco Ríos Montt,

“[Cuando fui a] dar mi testimonio y estaba muy contenta porque Ríos Montt iba a ir a la cárcel. Por fin, justicia. Yo era feliz. Le dije allí enfrente suyo: “Tú eres el que mató a mis hijos”. Estoy contenta de haberte conocido y poder visto tu cara porque no te conozco, no tuve ningún problema contigo, siempre que venías a nuestro pueblo, quemabas todo, matabas a todo el mundo. “No te debo nada”, le dije. Le dije que “estoy contenta de estar aquí, que te he conocido y que vas a pagar por esto y dime, ¿qué has hecho con mis hijos?” y él me contestó “estás mintiendo” y yo le dije “No, no miento, estoy diciendo la verdad, murieron y tú los mataste, porque yo soy una sobreviviente, yo vi lo que hiciste, vi lo que hizo todo el Ejército, recuerdo lo que pasó porque después de eso, la vida fue muy triste...”¹²⁸

38. Aunque sólo es la perspectiva de una persona, refleja las emociones encontradas de participar en un proceso penal. Además, ilustra el carácter polémico de los procesos penales, en los que la víctima y el acusado discuten sus propias versiones y justificaciones del pasado. Al final, Ríos Montt murió antes de que su segundo juicio de genocidio pudiera ser completado. Esa participación visible también puede dar lugar a que las víctimas se enfrenten a la intimidación y al ostracismo social.¹²⁹ De

123 Ver Jo-Anne Wemmers, *Victims in the Criminal Justice System* (Kugler 1996).

124 John Thibaut y Laurens Walker, A Theory of Procedure, *California Law Review* 66 (1977) 541-566.

125 Tom R. Tyler, What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures, *Law and Society Review* 22(1) (1988) 103-135, p107.

126 O’Connell, n.3, p301.

127 Ibidem, p. 300.

128 Entrevista con el equipo del proyecto, G20, región Ixil, Guatemala, mayo de 2018.

129 O’Connell, n.3 p301.

hecho, la víctima citada anteriormente fue sometida a la violencia doméstica por su marido y estigmatizada por su comunidad para que guardara silencio para evitar que fueran atacados de nuevo por los militares.

39. Para las víctimas, expresar sus puntos de vista y preocupaciones, reconociendo a la vez su valor, agencia y dignidad, no es un proceso unidireccional. El valor de expresar preocupaciones sólo es compartido por los participantes cuando una persona que toma decisiones, como un juez, considera sus puntos de vista en la toma de decisiones, en particular en relación con cómo se comunican y explican directamente sus decisiones.¹³⁰ La claridad y certeza del papel de las víctimas y de cómo están siendo escuchadas y su impacto en la toma de decisiones, puede ayudar a mitigar la frustración por los resultados negativos, ya que una víctima que hace una declaración en el marco de la sentencia puede ayudar a afirmar su dignidad y autoestima.¹³¹ Puede haber beneficios expresivos de valor aun cuando la contribución de la víctima no tiene efecto en el resultado, pero los participantes aprecian que se les dé la oportunidad de expresar sus preocupaciones. Es muy importante en los enfoques de justicia restaurativa y procesal de la justicia penal informar a las víctimas de lo que pueden esperar del proceso, donde la modestia de lo que se puede lograr con el marco de la institución es clave. A ello puede contribuir en gran medida la participación de las víctimas a través de un proceso que sea claro y seguro en cuanto a cómo, por qué y cuándo se involucrarán. Por ejemplo, los abogados de las víctimas en el caso *Kenyatta* en la CPI mantenían informados a sus clientes de los procedimientos a través de llamadas telefónicas cada 6-8 semanas y les permitían comunicar sus puntos de vista y preocupaciones a pesar de que los últimos se encontraban a cientos de kilómetros de distancia y se enfrentaban a problemas de seguridad. Los actores de la sociedad civil pueden desempeñar un papel clave en el apoyo a estos procesos, desde la sensibilización de la comunidad hasta llenando formularios, prestar asesoramiento jurídico o cubrir los gastos de las víctimas para asistir a audiencias o talleres.
40. Un ejemplo de este proceso se ha desarrollado en Irlanda del Norte con las declaraciones sobre el impacto de las víctimas.¹³² Estas declaraciones son a menudo cartas escritas por las víctimas sobre cómo les ha afectado el daño del delito o informes de expertos de psiquiatras. Una práctica similar está bien establecida en los Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia, y más recientemente en el Reino Unido.¹³³ Para algunas víctimas, el escribir estos informes puede ofrecer algo de catarsis, poniendo su daño sobre el papel, pero este hecho por sí solo no es suficiente para llegar al cierre. La efectividad de la declaración de la víctima depende de la habilidad de la persona que tome la declaración y de la forma en que la víctima explique el impacto del daño en ella. Sin embargo, principalmente debido a la participación de funcionarios de enlace familiar de la policía y de la fiscalía, estas declaraciones han tomado un formato cada vez más formal y legalista para garantizar que las víctimas no impliquen al acusado en otros delitos no sujetos al caso. En este momento en Irlanda del Norte, la declaración se entrega por escrito, pero en el resto de Irlanda y el Reino Unido las víctimas pueden leer oralmente su declaración

130 Tom R. Tyler, Conditions Leading to Value-Expressive Effects in Judgments of Procedural Justice: A Test of Four Models, *Journal of Personality and Social Psychology*, 52(2) (1987) 333-344, p342.

131 Tom R. Tyler, Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law, *Crime and Justice* 30 (2003) 283- 357, p350.

132 Véase Luke Moffett, Victim personal statements in managing victims’ voices in sentencing in Northern Ireland: taking a more procedural justice approach, *Northern Ireland Legal Quarterly* 68(4) (2017) 555-576.

133 Véase K. Kennard, The Victim’s Veto: A Way to Increase Victim Impact on Criminal Case Dispositions, *California Law Review* 77(2) (1989) 417-453; y J. Roberts J., y M. Manikis, *Victim Personal Statements A Review of Empirical Research*, Report for the Commissioner for Victims and Witnesses in England and Wales (2011).

ante el tribunal si así lo desean, lo que no socava los derechos del acusado porque suele ocurrir después de que el juez haya decidido la sentencia, pero antes de que ésta se pronuncie. En algunos casos donde se dio la muerte de una sola persona, es posible que varios miembros de la familia deseen presentar una declaración de impacto. Se ha introducido un formulario colectivo para las familias,¹³⁴ pero no se ha utilizado mucho y la aceptación de la declaración personal de la víctima (VPS, por la abreviatura en inglés) es bastante baja en general. Dicho esto, si bien puede haber múltiples declaraciones para cada víctima, esto no resta valor a la experiencia de daño pluralista de las familias después de la pérdida, cosa que un juez puede expresar en sus observaciones sobre la sentencia. Sin embargo, si las voces de las víctimas se colectivizan quitando la singularidad de la historia de cada una de las víctimas, enfatizando diferentes aspectos o representando el daño de las víctimas en términos genéricos, puede subestimar el impacto del crimen o socavar la función comunicativa de la declaración de la víctima.

41. En la práctica, en Irlanda del Norte y en el Reino Unido, el VPS está enmarcado bajo epígrafes para darle cierta forma y aportarle más ayuda a los jueces, y también para reducir al mínimo el riesgo de que sea una diatriba en contra del acusado. Esto refleja en gran medida el uso del VPS como una declaración para juzgar las consecuencias del daño sobre una víctima, en lugar de ser una medida para interactuar directamente con un acusado. Existen problemas de divulgación - algunas víctimas no quieren que el acusado conozca el alcance de su sufrimiento, en particular si viven en la misma comunidad o familia. El temor a que esto pueda ser utilizado en su contra en casos de abuso emocional o futuros ataques tiene el efecto de silenciar o desincentivar a las víctimas que se presenten o detallar todo su sufrimiento. El contrainterrogatorio de tales declaraciones puede tener un efecto similar. Al mismo tiempo, es necesario que haya algún control o verificación del alcance del daño, ya que algunas víctimas hacen declaraciones que no son ciertas, pueden exagerar su daño (o auto-diagnosticarse), pueden ser bastante volátiles en cuanto a la severidad del castigo del acusado o pueden correr el riesgo de perjudicar al juez. Por ejemplo, una víctima cuyo hijo había sido asesinado, dijo que éste había sido golpeado hasta quedar hecho papilla en su VPS, pero esto no era cierto.
42. El VPS también puede enviar mensajes morales sobre la responsabilidad del acusado en un crimen como una forma de “avergonzarlo” al poner al desnudo las consecuencias dañinas que el crimen ha tenido sobre la víctima y sus familiares. Esto no es para sugerir que el VPS siempre puede proporcionar una especie de foro de justicia restaurativa en la sentencia penal, pero puede ayudar a devolver parte de la agencia de la víctima y la identidad socavada por los acusados durante el crimen al confrontar a los perpetradores y a la corte con los efectos dañinos.¹³⁵ El VPS puede tener beneficios terapéuticos a través del reconocimiento público del daño de la víctima. Esto refleja tanto la práctica de compartir públicamente sus emociones, conocida en inglés *emoting*, como el papel de la justicia procesal en respetar y considerar con precisión las voces de las víctimas por parte del sistema de justicia penal. Lens et al sugieren que no hay efectos terapéuticos directos al hacer un VPS, pero los sentimientos de ansiedad pueden disminuir cuando las víctimas se sienten satisfechas con la forma en que fueron respetadas y tratadas.¹³⁶ El VPS puede ofrecer una manera de reconocer el sufrimiento de la víctima a través de su inclusión en el proceso de sentencia. Los jueces que leen el VPS junto con sus observaciones sobre

134 Ley de Justicia (Irlanda del Norte) de 2015, art. 33(2).

135 Véase Jonathan Doak y Louise Taylor, *Hearing the Voices of Victims and Offenders: The Role of Emotions in Criminal Sentencing*, *Northern Ireland Legal Quarterly* (2013) 64(1), 25-46.

136 K. Lens, A. Pemberton, K. Brans, J. Wageningen, S. Bogaerts y E. Lahlah, *Delivering a Victim Impact Statement: Emotionally Effective or Counterproductive*, *European Journal of Criminology* (2015) 12(1), 17- 34, p30-31.

la sentencia pueden reconocer públicamente la experiencia de la víctima, haciendo oficial su sufrimiento y dando un lugar valioso a su voz.¹³⁷ El reconocimiento puede ayudar a humanizar a la víctima, en lugar de que permanezca anónima o se una simple estadística. En Irlanda del Norte, los jueces no aprovecharon las declaraciones de las víctimas al no reconocerlas en sus observaciones o sentencias, lo que disuadió a las víctimas de hacerlas y frustró a terceros, como la policía y grupos de la sociedad civil, de ayudar a las víctimas o promover este tipo de participación.

43. Los tribunales también pueden beneficiarse de los conocimientos de las víctimas. La participación de las víctimas puede ayudar a humanizar y hacer más visible su sufrimiento. Al involucrar a los principales afectados, las víctimas, como testigos de la violencia, pueden contribuir a la recuperación de la verdad a través de un relato más exhaustivo de lo que ocurrió.¹³⁸ La participación de las víctimas también puede fomentar mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas, haciendo que la justicia penal internacional sea más legítima a los ojos de los más afectados.¹³⁹ Dicho esto, las víctimas, si bien son partes interesadas en los procesos de justicia, son una de las varias partes interesadas y sus derechos y puntos de vista deben ser equilibrados a los demás interesados.¹⁴⁰ Las víctimas no hablan con una sola voz, pueden contradecirse y competir entre sí. Sus necesidades e intereses pueden cambiar con el tiempo. Es posible que aquellos que están gravemente lisiados o discapacitados, con discapacidad mental, ancianos o muy jóvenes no puedan hablar en su propio nombre, ni puedan participar en los procesos tanto como les gustaría. En tales casos, deben establecerse disposiciones para garantizar que se les mantenga informados y que sus opiniones y preocupaciones se presenten efectivamente a los responsables de la toma de decisiones, por ejemplo, permitiéndoles designar a un representante o tutor legal para hacerlo.
44. Vale la pena describir cómo funciona el proceso de participación de las víctimas en los crímenes internacionales. Si bien es un proceso legal formal, distinto de los procedimientos restaurativos anteriores, éste ofrece lecciones sobre un proceso dominado por un abogado. El resto de esta sección comienza por esbozar el proceso de solicitud en la Corte Penal Internacional, antes de pasar a discutir la representación legal de las víctimas y los desafíos de asegurar la precisión de su voz en los procedimientos legales. La siguiente subsección examina las modalidades de participación de las víctimas en la Corte Penal Internacional en cuanto a la forma en que sus opiniones y preocupaciones están representadas y los procedimientos ante la Corte. Dado que hay decenas de miles de víctimas ante la CPI, hay una creciente colectivización de su participación a través de representantes legales, que se explora en la sección siguiente y se contrasta con las pocas ocasiones en que las víctimas han participado en persona. En la última subsección se destacan las normas y la práctica de la protección de las víctimas y el apoyo psicológico ante los órganos internacionales de justicia penal.

137 Jonathan Doak, Ralph Henham y Barry Mitchell, *Victims and the Sentencing Process: Desarrollo de los derechos de participación?* *Legal Studies* 29(4) (2009) 651-677, p668.

138 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2127, párrs. 28 y 29.

139 Jonathan Doak, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation*, *Journal of Law and Society* 32(2) (2005) 294-316, p312; y Tatjana Hornle, *Distribution of Punishment: The role of a victim's perspective*, *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000) 175-209, p318.

140 Ian Edwards, *The evidential quality of victim personal statements and family impact statements*, *International Journal of Evidence & Proof*, 13(4) (2009), 293-320, p299.

Proceso de solicitud

45. En la Corte Penal Internacional (CPI), la Sección de Reparación y Participación de las Víctimas (VPRS, por sus siglas en inglés) de la Secretaría de la Corte facilita el acceso de las víctimas al recibir, recoger y procesar su solicitud en una base de datos segura. Los formularios de solicitud se revisan en función de si proporcionan o no información suficiente sobre el incidente y los datos personales del solicitante individual, que la VPRS intentará verificar, así como un análisis *prima facie* de la veracidad de las solicitudes.¹⁴¹ La Sección de Apoyo a las Víctimas (VSS) de las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (ECCC, por sus siglas en inglés) desempeña una función similar tanto de la Oficina del Defensor Público para las Víctimas (OPCV) como de la VPRS de la CPI, en la recopilación y selección de solicitudes, así como en la prestación de asistencia y asesoramiento jurídico a las víctimas.¹⁴² Hubo propuestas de fusionar la OPCV y la VPRS en una Unidad para las Víctimas de la CPI como parte del programa ReVision para que la administración fuera más eficiente, pero el personal de la Corte se resistió firmemente a ello y desde entonces se ha abandonado.
46. Las víctimas solicitan participar en la CPI a través de un formulario de solicitud. Inicialmente se trataba de un documento de 17 páginas, que luego se redujo a 7, y ahora es sólo una página a doble cara. Sin embargo, sólo está en inglés, francés y próximamente en sango (CAR II), por lo que tiene que ser traducido a las lenguas locales de las víctimas por intermediarios, es decir, organizaciones locales de la sociedad civil. El paso a una solicitud de una página tiene por objeto agilizar el proceso, ya que la primera parte recopila información sobre los datos personales de la víctima y su relación con incidentes o delitos y la otra recaba opiniones básicas sobre las reparaciones adecuadas en caso de que se inicien las actuaciones judiciales. En cambio, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya tienen un formulario de solicitud estándar de cinco páginas disponible en su sitio web en inglés, francés y jemer.¹⁴³ El Tribunal Especial para el Líbano tiene un formulario de solicitud de 9 páginas, disponible en el sitio su web en árabe, francés e inglés.¹⁴⁴
47. En 2012, la CPI colectivizó su proceso de solicitud en el caso *Gbagbo*, las víctimas podían solicitar colectivamente a través de un formulario de solicitud en grupo con la participación de un representante individual de las víctimas. A su vez, estarían representados por un solo Representante Legal de la Víctima (VLR)¹⁴⁵. La Secretaría de la Corte ha observado que es necesario adoptar un enfoque flexible,

No siempre es factible o aconsejable reunir físicamente a grupos de víctimas para los efectos de un proceso de solicitud. En algunos casos, el contexto de seguridad puede no ser propicio para tales reuniones; en otros, no todas las víctimas se sienten cómodas hablando frente a grupos, ya sea debido a la naturaleza del daño sufrido (como las víctimas de violencia sexual) o, en general, debido a tensiones dentro de una comunidad, miedo a la estigmatización u otra razón.¹⁴⁶

141 Méliisa Fardel y Nuria Vehils Olarra, *The Application Process: Procedure and Players*, en K. Tibori-Szabó y M. Hirst (eds.), *Victim Participation in International Criminal Justice*, Asser (2017), 11-43, p13-14.

142 Regla 12, Reglamento Interno de las ECCC.

143 <https://www.eccc.gov.kh/en/forms>

144 <https://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/5885-application-for-victims-to-participate-in-the-proceedings>

145 *Prosecutor v Gbagbo*, Organization of the Participation of Victims, ICC-02/11-01/11-29- Red, 6 de febrero de 2012.

146 Registry Observations in Compliance with the Decision, ICC-01/04-02/06-54-Conf, 6 de mayo de 2013, párr. 8.

48. En la subsiguiente causa *Muthaura y Kenyatta*, la Sala de Primera Instancia V adoptó un enfoque escalonado de las solicitudes de las víctimas, a fin de garantizar que las opiniones y preocupaciones de las víctimas pudieran ser escuchadas antes del comienzo del juicio.¹⁴⁷ La Sala distinguió entre solicitantes individuales y colectivos, y los particulares aún podían comparecer ante el Tribunal y hacer que sus solicitudes se evaluaran individualmente. La mayoría de las víctimas en el marco de la solicitud de participación colectiva estarían representadas por un representante legal común y no tendrían que pasar por los procedimientos de solicitud previstos en la Regla 89 de las Reglas de Procedimientos y Pruebas de la CPI. En cambio, estas víctimas colectivas serían registradas y la VPRS, junto con el representante legal, prepararía y presentaría informes sobre la población víctima.¹⁴⁸ Este enfoque colectivo tiene por objeto mitigar el costo y el tiempo invertido en el procedimiento de solicitud, protegiendo al mismo tiempo los derechos del acusado de demoras indebidas y permitiendo a las víctimas presentar sus intereses. Además, la Sala declaró que,

‘el registro no implica ninguna determinación judicial de la situación de las víctimas individuales. Además, al evaluar las presentaciones o solicitudes formuladas por el representante legal común, la Sala tendrá en cuenta el hecho de que las víctimas representadas no han sido objeto de una evaluación individual por parte de la Corte’.¹⁴⁹

49. Como resultado del número de víctimas que presentan solicitudes ante los órganos internacionales de justicia penal, al principio se reduce la información que se les pide para facilitar su administración; en el caso de las víctimas que desean participar en las actuaciones, se requiere más información y verificación. Para los procedimientos de reparación, la solicitud sólo es útil para trazar un mapa de los sentimientos generales para que la Secretaría tenga una cierta idea de las opiniones de las víctimas, quienes luego tendrán que pasar por otra solicitud o al menos verificar con la Sala y el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas si surgen obligaciones cuando se condena al acusado.
50. Los intermediarios han desempeñado un papel importante en la ampliación del alcance y la capacidad de la CPI para trabajar con las víctimas, especialmente en las zonas de conflicto en curso. Estos actores de la sociedad civil, líderes comunitarios u ONG internacionales, por lo general tienen una relación preexistente de confianza con las comunidades victimizadas, hablan su idioma y entienden el contexto local, lo que les permite explicar los desarrollos y procedimientos de un tribunal en palabras que las víctimas puedan entender.¹⁵⁰ Sin embargo, dicha participación puede requerir mucho tiempo y recursos para los actores de la sociedad civil local, especialmente cuando la CPI no suele estar dispuesta a pagarles por su tiempo debido a preocupaciones por su imparcialidad. Los intermediarios pueden sentirse frustrados por el hecho de que la Corte descuide su participación en las actuaciones, ya que no tienen ningún estatus legal dentro del juicio, o por las demoras o la falta de reconocimiento de su contribución en la organización de las víctimas y en la recogida de las solicitudes.¹⁵¹ Ninguno de los órganos internacionales de justicia penal que permiten la participación de las víctimas proporciona asistencia jurídica para que puedan completar sus solicitudes ellas mismas. Algunos abogados trabajan

147 *Prosecutor v Muthaura and Kenyatta*, Decision on Victims' Representation and Participation, ICC-01/09-02/11-498, 3 de octubre de 2012.

148 *Ibidem*, párrs. 24 y 38.

149 *Ibidem*, párr. 37.

150 Mariana Peña, *The Role of Intermediaries and Third Parties in Victim Participation*, en K. Tibori-Szabó y M. Hirst (eds.), *Victim Participation in International Criminal Justice*, Asser (2017), 81-109, p95.

151 Véase Rachel Killeen y Luke Moffett, *Victim Legal Representation before the ICC and ECCC*, *Journal of International Criminal Justice* 15(4) (2017), 713-740, p737.

gratuitamente, pero la gran mayoría de las víctimas dependen de intermediarios para que les ayuden a proporcionar información y pruebas pertinentes para sus solicitudes.¹⁵² Las víctimas también pueden cansarse de ser movilizadas e involucradas en las actividades de la sociedad civil y los actores internacionales, sin ver ningún cambio sustantivo en su situación, lo que las hace desentenderse. Los intermediarios también pueden enfrentarse a intimidaciones y amenazas a la seguridad, y pueden no estar en la mejor posición para explicar los mensajes de la Corte o de los abogados a las víctimas, en particular cuando ello implica el rechazo o el colapso de una causa.¹⁵³ Sólo el Tribunal Especial para el Líbano (STL, por sus siglas en inglés) prevé la posibilidad de que un representante legal temporal de las víctimas represente sus opiniones en procedimientos específicos, como la apelación de las decisiones de rechazar de solicitud de la víctima.¹⁵⁴

Representación y Voz

51. La representación legal puede permitir que los intereses de las víctimas sean transmitidos de manera más efectiva por un abogado que entienda el procedimiento y las normas legales.¹⁵⁵ Los representantes legales pueden actuar como conductos de información entre las víctimas y los procesos legales, traduciendo sus intereses en exposiciones legales por parte de expertos, procedimientos y apelaciones legales, eliminando la carga y el estrés de las propias víctimas que participan.¹⁵⁶ Existe el peligro de que, al confiar en los abogados para presentar los intereses de las víctimas, sus opiniones se simplifiquen, filtren, reinterpreten o comprometan para reflejar los puntos de vista divergentes entre el grupo de víctimas, lo que inhibe la voz y la acción de las víctimas.¹⁵⁷ El uso de la ‘jerga jurídica’¹⁵⁸ puede impedir que las víctimas participen activamente en las actuaciones. Además, las víctimas que pueden participar pueden no ser representativas del universo real de víctimas o su inclusión puede haber llevado a la exclusión o marginación de otras voces. Las demandas de justicia pueden ser impulsadas por ‘élites urbanas y víctimas de alto perfil, que tienen una fuerte voz moral y la capacidad de articular claramente sus demandas’.¹⁵⁹ En las causas de Côte d’Ivoire, la CPI tuvo que pedir a la Secretaría que volviera a involucrar a las comunidades afectadas, ya que la participación estaba dominada por hombres y ciertos grupos étnicos, con muy pocos participantes que habían sido víctimas de violencia sexual, inclusive víctimas de violación.¹⁶⁰
52. En la CPI, la participación de las víctimas se proporciona principalmente a través del Artículo 68(3), que permite a las víctimas expresar sus puntos de vista y preocupaciones cuando sus intereses personales se ven afectados. Estos ‘puntos de vista y preocupaciones’ suelen ser presentados por los representantes legales de las víctimas (VLR en inglés) ‘cuando la Corte lo considera apropiado’. Las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPE) de la Corte distinguen esto aún más al permitir que los

152 Megan Hirst, Legal Representation of Participating Victims, en K. Tibori-Szabó y M. Hirst (eds.) *Victim Participation in International Criminal Justice*, Asser (2017), 111-169, p119.

153 Pena n.150, p96.

154 STL Directive on Victims’ Legal Representation, Artículo 18(A).

155 Ver Killean y Moffett n.151, p716.

156 Kieran McEvoy y Kirsten McConnachie, Victims and Transitional Justice: Voice, Agency and Blame’, *Social and Legal Studies* 22 (2013) 489-513.

157 Killean y Moffett n.151, p717; McEvoy y McConnachie *ibid.*, p495.

158 El uso técnico y formal del lenguaje jurídico.

159 Hugo van der Merwe, Reparations through Different Lenses: The Culture, Rights and Politics of Healing and Empowerment after Mass Atrocities, in J. Wemmers (ed.), *Reparation for Victims of Crimes against Humanity*, (Routledge, 2014) 200, p201.

160 Situation in Republic of Côte d’Ivoire, ICC-02/11-14, 15 de noviembre de 2011, párr. 211.

VLR asistan y participen en los procedimientos, otorgando así a los representantes derechos procesales ‘mejorados’, en lugar de a las propias víctimas.¹⁶¹ Se trata de una evolución en gran medida pragmática. Dado el gran número de víctimas que tendrían derecho a participar en una causa, sería inviable permitir que cada persona comparezca personalmente ante la Corte.

53. Las decisiones sobre la participación se determinan caso por caso, lo que conduce a la diversidad en la práctica de la designación de representantes legales. En el caso de *Thomas Lubanga* hubo siete VLR que representaban a 129 víctimas, mientras que en casos posteriores hubo menos abogados. En la causa *Bemba*, sólo dos VLRS (asistidos por auxiliares sobre el terreno) representaron a 5.229 víctimas, y, a partir de enero de 2014 cuando se dio la muerte de uno de los representantes, solo uno. La Secretaría de la Corte cuenta también con una Oficina del Defensor Público para las Víctimas (OPCV) independiente, que se encarga de proporcionar investigación y asesoramiento jurídico a las víctimas participantes, así como de comparecer ante las Salas sobre cuestiones específicas, o de actuar como asesor jurídico para las víctimas no representadas.¹⁶² Las Reglas de la Corte afirman que las víctimas ‘tendrán libertad para elegir un representante legal’,¹⁶³ pero la Sala puede solicitar que las víctimas o grupos de víctimas elijan un representante legal común.¹⁶⁴ Si las víctimas no pueden elegir entre ellas un representante o representantes legales comunes dentro del plazo establecido por la Sala, los magistrados pueden decidir o pedir a la Secretaría que elija uno o más representantes legales. El papel de representante legal de las víctimas ha recaído cada vez más sobre la Oficina del Defensor Público para las Víctimas. Dado que los casos ante la CPI involucran a miles de víctimas, la agencia legal de las víctimas se limita a la participación colectiva e indirecta a través de un representante legal común.
54. En la causa *Gbagbo*, el Tribunal nombró a la Oficina del Defensor Público para las Víctimas como el principal representante legal común, así como un miembro del equipo sobre el terreno y un gestor de la causa.¹⁶⁵ La Corte sostuvo que este abordaje era el ‘sistema más apropiado y rentable en esta etapa, ya que permitiría combinar la comprensión del contexto local con la experiencia y la pericia de las actuaciones ante la Corte, sin causar demoras indebidas en el caso en cuestión’.¹⁶⁶ Un abordaje similar se ha adoptado en la causa *Ntaganda*, en la que dos abogados de la Oficina del Defensor Público para las Víctimas han sido designados para representar a dos grupos de víctimas, con el apoyo de dos o más auxiliares jurídicos.¹⁶⁷ Esto a pesar de que 213 víctimas firmaron un poder notarial para seis abogados.¹⁶⁸ Esta organización de la representación legal a través de dos abogados de la Oficina del Defensor Público para las Víctimas tenía por objeto garantizar que las víctimas pudieran tener una representación legal efectiva en una fase temprana.¹⁶⁹ En lugar de respetar la agencia legal de las víctimas, estos acontecimientos pueden indicar una aparente

161 Regla 91.2 del RPE. Elisabeth Baumgartner, Aspects of Victim Participation in the Proceedings of the International Criminal Court, *International Review of the Red Cross* (2008) 90(870) 409, p430.

162 Reglamentos 80 y 81, Reglamento de la ICPI.

163 Regla 90(1) RPE.

164 Regla 90(2) RPE.

165 *Gbagbo*, Decision on Victims’ Participation and Victims’ Common Legal Representation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings (ICC-02/11-01/11-13804-06-2012), Sala de Cuestiones Preliminares I, 4 de junio de 2012, párr. 35.

166 *Ibidem*.

167 *Ntaganda*, Decision Concerning the Organisation of Common Legal Representation of Victims (ICC-01/04-02/06-160), Sala de Cuestiones Preliminares II, 2 de diciembre de 2013, párr. 10, 23.

168 *Ibidem*, párr. 11.

169 *Ntaganda*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decision Concerning the Organisation of Common Legal Representation of Victims,, ICC-01/04-02/06-160, 2 de diciembre de 2013, párrs. 20 y 21.

preferencia por la viabilidad del juicio ya que buscan garantizar que la experiencia de las largas apelaciones interlocutorias y la administración de la participación de las víctimas no retrasen los procedimientos judiciales.

55. La CPI ha reconocido la necesidad de que los abogados designados para las víctimas comprendan el contexto local o sean del mismo país para promover una representación común efectiva y significativa. Son nombrados con base en criterios que se prestan a una mayor asociación o empatía con las víctimas al compartir con ellas “i) el idioma que hablan las víctimas, ii) los vínculos entre ellas proporcionados por el tiempo, el lugar y las circunstancias, iii) los delitos concretos de los que alegan ser víctimas, iv) las opiniones de las víctimas, y v) el respeto de las tradiciones locales”.¹⁷⁰ Los criterios de la Secretaría para los representantes legales se establecieron en la causa *Ntaganda* como poder “también demostrar la capacidad de comunicarse fácilmente y establecer una relación de confianza con las víctimas”.¹⁷¹
56. Al representar a las víctimas, los jueces de una Sala supervisan para asegurarse que los VLR tengan en cuenta los “puntos de vista de las víctimas y la necesidad de respetar las tradiciones locales y de ayudar a grupos específicos de víctimas”.¹⁷² La Corte ha procurado garantizar una comunicación eficaz entre los VLR y las víctimas exigiendo que los abogados procedan de la zona de las víctimas y hablen el mismo idioma.¹⁷³ Además, la Corte ha establecido equipos de apoyo en La Haya y sobre el terreno para “facilitar los intercambios regulares” entre las víctimas y sus VLR.¹⁷⁴ La Secretaría de la CPI también notifica a las víctimas y realiza actividades de extensión a las comunidades afectadas para informarles de la labor y el avance de la Corte, así como de su capacidad para participar en los procedimientos.¹⁷⁵ La Corte ha reconocido que sin notificación, los derechos de las víctimas “serían poco más que un ejercicio teórico”.¹⁷⁶

Modalidades de participación de las víctimas

57. Para la Corte, los intereses de las víctimas se ven afectados en las actuaciones penales contra los acusados debido a sus derechos a la verdad y la justicia.¹⁷⁷ Con el fin de presentar los “puntos de vista y preocupaciones” de las víctimas, la Corte ha establecido que los VLR pueden participar en las actuaciones a través de ocho modalidades diferentes: asistir a las audiencias; presentar mociones orales, respuestas y presentaciones; presentar escritos; acceder a las pruebas; hacer preguntas; presentar

170 *Bemba*, Fifth Decision on Victims' Issues Concerning Common Legal Representation of Victims, (ICC-01/05-01/08-322), Sala de Cuestiones Preliminares III, 16 de diciembre de 2008, párr. 9.

171 *Ntaganda* (ICC-01/04-02/06-141-Conf-Exp), párr. 19.

172 Regulación 79(2), Reglamento de la CPI.

173 *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1328, para. 15; *Prosecutor v Bemba*, Decision on Common Legal Representation of Victims for the Purpose of Trial, ICC-01/05-01/08-1005, 10 de noviembre de 2010, párrafo 10.

174 *Ibid.*, ICC-01/04-01/07-1328, párr. 17; *ibid.*, ICC-01/05-01/08-1005, párrs. 24 a 27.

175 Véase ICC Outreach Reports 2007-2010, Public Information and Documentation Section, Outreach Unit.

176 *Situation en Uganda*, ICC-02/04-101, párr. 164.

177 *Prosecutor v Katanga and Chui*, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 de mayo de 2008, párrs. 31-44; *Prosecutor v Bemba*, Fourth Decision on Victims' Participation, ICC-01/05-01/08-320, 12 de diciembre de 2008; *Prosecutor v Abu Garda*, Decision on the 34 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-02/05-02/09-121, 29 de septiembre de 2009, párr. 3; *Prosecutor v Al Bashir*, Decision on Applications a/0011/06 to a/0013/06, a/0015/06, and a/0443/09 to a/0450/09 for Participation in the Proceedings at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-02/05-01/09-62, 15 de diciembre de 2009, párrs. 4 y 5.

pruebas; convocar a testigos; y ser notificados.¹⁷⁸ Estas modalidades son discrecionales debido a la protección de otros intereses ante la Corte, como los derechos del acusado, lo que significa que las víctimas no tienen automáticamente derecho a participar.

58. La Sala de Primera Instancia III ha permitido a las víctimas presentar pruebas sobre la responsabilidad del acusado. El enfoque general de la Corte ha sido permitir a las víctimas introducir evidencia mediante tres modalidades de participación de: (1) presentar pruebas; (2) hacer preguntas; y (3) llamar a testigos. Estas modalidades no aparecen en el Estatuto, la RPE o el Reglamento, sino que se basan en el artículo 69(3) del Estatuto de Roma, que permite a la Corte solicitar todas las “pruebas que considere necesarias para la determinación de la verdad”. Esto indica que la función de las víctimas es ayudar a la Corte a aclarar los hechos y no a determinar la responsabilidad del acusado. Sin embargo, la Corte ha sostenido en los casos de Kenia que el acusado tiene que estar presente en las preguntas y declaraciones de las víctimas, enfatizando que la asistencia de los acusados durante la presentación de pruebas por parte de las víctimas requiere la cooperación de los acusados para que sea significativa. Esto sugiere una función más restauradora de la participación de las víctimas que va más allá de la aclaración de la verdad.¹⁷⁹
59. En la primera modalidad de presentación de pruebas, el Tribunal ha reconocido que los VLR pueden presentar pruebas incriminatorias sobre la culpabilidad del acusado siempre que cumplan tres criterios de admisibilidad, a saber: 1) material pertinente, 2) valor probatorio y 3) valor probatorio superior a su efecto perjudicial.¹⁸⁰ Permitir que los VLR presenten pruebas puede ser una oportunidad para destacar hechos que la fiscalía o la defensa han pasado por alto o descuidado.¹⁸¹ Sin embargo, en las dos ocasiones en que los VLR presentaron pruebas, los jueces las rechazaron porque ya habían repetido pruebas ante el Tribunal o porque carecían de valor probatorio.¹⁸² La presentación de pruebas no ha generado hasta ahora un conflicto entre los derechos de las víctimas y los del acusado, pero la Corte mantiene un control muy estricto de la capacidad de los VLR para hacerlo.
60. Las otras dos modalidades de interrogar y llamar a los testigos han sido más polémicas y han exigido un equilibrio más delicado de derechos por parte de la Corte. Con respecto a las VLR que interrogan a los testigos, la Corte ha establecido que para lograr un equilibrio entre los derechos de las víctimas y los del acusado, deben cumplirse una serie de criterios: las preguntas deben ser de naturaleza neutra (es decir, no deben ser un contrainterrogatorio o “combativas”); relevantes para los intereses personales de

178 Rules 91-92 and 144; see *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1119; *Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-474; *Katanga and Chui*, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial, ICC-01/04-01/07-1788, 22 de enero de 2010; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-320.

179 See *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, ICC-01/09-01/11-777, 18 de junio de 2013.

180 Regla 91(3)(a); *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1119, párrs. 108-109; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432, párr. 104; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2135, párrs. 21-22; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, párrs. 81-85; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-807-Corr, párrs. 30-32.

181 *Katanga y Chui*, Directions for the Conduct of the Proceedings and Testimony in Accordance with Rule 140, ICC-01/04-01/07-1665, 20 de noviembre de 2009, párr. 82; y *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, párrs. 102 a 103.

182 See *Lubanga*, Decision on the Request by the Legal Representative of Victims a/0001/06, a/0002/06, a/0003/06, a/0049/06, a/0007/08, a/0149/08, a/0155/07, a/0156/07, a/0404/08, a/0405/08, a/0406/08, a/0407/08, a/0409/08, a/0149/07, y a/0162/07 Admission of the Final Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo as Evidence, ICC-01/04-01/06-2135, 22 de septiembre de 2009; *Katanga y Chui*, Décision relative à trois requêtes tendant à la production d'éléments de preuve supplémentaires, ICC-01/04-01/07-3217-Conf, ICC-01/04-01/07-3217-Red, 4 de enero de 2012.

las víctimas; y no deben ser preguntas directas o cerradas.¹⁸³ La Corte ha enfatizado que los VLRs no son fiscales auxiliares para probar la culpabilidad o inocencia de los acusados como en los países de derecho civil, sino más bien asistentes para ayudar a los jueces a determinar la verdad, teniendo así un papel más neutral.¹⁸⁴

61. En el caso *Katanga y Chui*, los representantes legales de las víctimas centraron sus preguntas en destacar el sufrimiento de las víctimas, el contexto de la victimización y las dificultades que siguen enfrentando las víctimas.¹⁸⁵ Diferentes Salas de la Corte han adoptado enfoques divergentes para equilibrar los derechos de las víctimas y de los acusados con respecto a las preguntas formuladas por los VLR. La Sala de Primera Instancia II en la causa *Katanga y Chui* ha adoptado un enfoque más restrictivo de los interrogatorios limitando los VLR a cuestiones de hecho, a fin de preservar la igualdad de medios entre la acusación y la defensa.¹⁸⁶ La estricta adhesión de la Sala de Primera Instancia II a este enfoque puede observarse cuando un VLR preguntó a un testigo en una reunión con *Katanga* si tenía a algún niño como guardaespaldas junto con él. Esta pregunta fue objetada por la defensa, ya que estaba vinculada a la responsabilidad del acusado, y fue modificada por los jueces para convertirla en una cuestión más neutral.¹⁸⁷ En consecuencia, el papel de las víctimas fue el de expresar sus experiencias y emociones sobre el daño que han sufrido, en lugar de presentar pruebas sobre sus intereses en la verdad y la justicia.¹⁸⁸ Esto contrasta con las Salas de Primera Instancia I y III, que han permitido a los VLR interrogar a los testigos sobre cuestiones de hecho y de derecho que a veces han estado relacionadas con la responsabilidad del acusado.¹⁸⁹ La Sala de Primera Instancia III en la causa *Bemba* ha ido más allá, y los magistrados lo han declarado,

los intereses de las víctimas no se limitan a la comisión física de los presuntos delitos que se están examinando. Más bien, sus intereses se extienden a la cuestión de la persona o personas que deben ser consideradas responsables de esos crímenes, ya sean perpetradores físicos u otros. En este sentido, las víctimas tienen un interés general en las actuaciones y en su resultado. Como tal, tienen interés en asegurarse de que todas las preguntas pertinentes sean hechas a los testigos.¹⁹⁰

62. En el juicio, las preguntas del VLR a un testigo se concentraron en la responsabilidad del acusado, preguntándole sobre el papel de *Bemba* en la cadena de mando y si estaba informado de la comisión de los crímenes.¹⁹¹ Este enfoque es coherente con una justicia orientada a las víctimas, que reconoce sus intereses en la verdad y la justicia, así como su perspectiva independiente de la fiscalía.
63. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que las víctimas no necesariamente infringen la igualdad de medios, ya que “no pueden ser consideradas

183 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2127, párrs. 28-30; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1665, párrs. 82 y 90-91; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, párrs. 72-75; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-807-Corr, párrs. 30-32; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-474, párr. 135.

184 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2127, párrs. 28 y 29.

185 Por ejemplo, *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-T-39-ENG, 21 de noviembre de 2006, págs. 95 y 141.

186 *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07/07-1665, párrs. 90 a 91; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-2288, párrs. 112.

187 *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-T-141-Red-ENG, 14 de mayo de 2010, p.28-34.

188 Brianne McGonigle Leyh, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, (Intersentia 2011), p300.

189 McGonigle n.188, p298-300.

190 *Bemba*, Decisión (i) Sentencia sobre las solicitudes de los representantes legales para interrogar al testigo 33 y (ii) Establecimiento de un calendario para la presentación de presentaciones en relación con futuras solicitudes de interrogación de testigos, ICC-01/05-01/08-1729, 9 de septiembre de 2011, párrafo 15.

191 *Bemba*, ICC-01/05-01/08/08-T-160-Red-ENG, 13 de septiembre de 2011.

ni como oponentes ni como aliados de la acusación, debido a que sus funciones y objetivos son claramente diferentes”.¹⁹² La CPI también ha adoptado esta posición al declarar que la participación de las víctimas se supone que debe proporcionarles una voz independiente, lo cual es consistente con la intención de los redactores de asegurar la justicia para las víctimas.¹⁹³ Por lo tanto, la posición de la Corte de que las víctimas deben permanecer neutrales es incorrecta, ya que estas mismas tienen interés en determinar la culpabilidad del acusado. En cambio, son los jueces los que tienen que ser neutrales y equilibrar los intereses que tienen ante sí.

64. En la modalidad probatoria final, la Corte puede llamar a un testigo o a una víctima en nombre de los VLR con la condición de que proporcione “información importante” y una “contribución genuina a la determinación de la verdad” que las otras partes no han abordado.¹⁹⁴ La Sala de Primera Instancia II también ha establecido algunos criterios para evaluar las solicitudes de las víctimas para que testifiquen, a saber: ¿ha sido ya abordado el asunto por la fiscalía para evitar repeticiones?; ¿está estrechamente relacionado con los cargos?; ¿es típico de las experiencias de un grupo más grande de víctimas o es la víctima la única apta para prestar declaración?; y ¿sacará a la luz nueva información para la Sala?¹⁹⁵

Participación colectiva

65. Dado el creciente número de víctimas que participan en los casos ante la CPI, la Corte ha tratado de racionalizar la aplicación y representación de las víctimas para minimizar el impacto que dicha organización y supervisión tiene en las actuaciones. El Reglamento y la jurisprudencia de la CPI reconocen que la colectivización de las voces de las víctimas puede ser perjudicial para ciertos grupos. La Corte exige que, en la medida de lo posible, se representen los distintos intereses de las víctimas y que se eviten los conflictos de intereses,¹⁹⁶ en particular para las víctimas de violencia sexual o de género o de violencia contra los niños.¹⁹⁷ En la causa *Bemba*, la Sala de Primera Instancia III agrupó geográficamente a las víctimas. Esto permitió que las víctimas de la misma familia y comunidad estuvieran representadas juntas y facilitó el contacto entre ellas y su representante legal.¹⁹⁸ Women’s Initiatives for Gender Justice (WIGJ) advirtió a la Corte que la organización de las víctimas en grupos geográficos, especialmente teniendo en cuenta su número, puede no proteger los distintos intereses de las víctimas, como las que sufrieron violencia sexual.¹⁹⁹ En cambio, el WIGJ propuso que se organizara la representación de las víctimas en función de la naturaleza de los delitos cometidos contra ellas, a fin de reducir los intereses en conflicto, pero aun así pueden subsistir dificultades cuando las víctimas son desplazadas.
66. Cuando surge un conflicto de intereses entre las víctimas en virtud de un VLR, la Corte puede dividir el grupo y ordenar a la Oficina del Defensor Público para las Víctimas

192 *Berger v France*, App. no. 48221/99 (TEDH, 21 de mayo de 2003), párr. 38.

193 *Situation in DRC*, ICC-01/04-101, párrafo. 51; *Prosecutor v Bemba*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sylvia Steiner on the Decision on the Supplemented Applications by the Legal Representatives of Victims to Present Evidence and the Views and Concerns of Victims, ICC-01/05-01/08-2138, ICC-01/05-01/08-2140, 23 de febrero de 2012, párr. 25.

194 De conformidad con los artículos 64(4)(d) y 69(3); *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1665, párrs. 45-48.

195 *Ibidem*, párr. 30.

196 *Prosecutor v Banda and Jerbo*, Summary of Information relevant to the grouping of victims, ICC-02/05-03/09-203-Anx2-Red, 25 de agosto de 2011, párr. 5.

197 Regla 90.4 del RPE, según lo dispuesto en el Art. 68(1) ICCSt.

198 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-1005, párrs. 18-20.

199 Statement by the Women’s Initiatives at the opening of the Trial of Jean-Pierre Bemba Gombo, 22 de noviembre de 2010, p4.

que represente al grupo separado de víctimas.²⁰⁰ Aunque sigue siendo difícil definir lo que constituye un conflicto de intereses que requiere una representación separada,²⁰¹ la Sala de Primera Instancia IV indica que “puede surgir un conflicto de intereses cuando la situación o la especificidad de las víctimas es tan diferente que sus intereses son irreconciliables”.²⁰² En *Katanga y Chui*, la Sala de Primera Instancia II dividió la representación legal común entre las víctimas que eran ex niños soldados y el grupo más amplio de los que habían sido atacados por las milicias en Bogoro el 24 de febrero de 2003, debido a que las víctimas procedían de diferentes grupos étnicos.²⁰³ En los casos de Kenia, donde el origen étnico fue un factor tan importante en la violencia postelectoral, la Secretaría examinó detenidamente si ello constituía una base para representar por separado a las víctimas. En última instancia, sostuvo que en cada caso los diversos grupos étnicos de las víctimas no tenían “intereses distintos claros y significativos”. De hecho, la Secretaría observó que los intermediarios, abogados y otras personas que trabajan con las víctimas habían advertido contra la separación de los grupos de víctimas en función de su origen étnico, por temor a que ello sólo sirviera para reforzar las divisiones étnicas.²⁰⁴ En *Banda y Jerbo*, el hecho de que las víctimas procedan de países diferentes y hablen idiomas diferentes no bastó para justificar una representación separada.²⁰⁵ Sin embargo, en el caso *Ongwen* las víctimas se organizan sobre la base de su elección de asesoramiento jurídico entre la Oficina del Defensor Público para las Víctimas (1.502 víctimas) y un equipo de abogados externos (2.061 víctimas), que se ocupan de los mismos delitos y lugares.²⁰⁶ Esto refleja que los abogados pueden representar hasta cierto punto a diversos grupos de víctimas, que a menudo no hablan con una sola voz o no están completamente de acuerdo. La función del abogado es, en cambio, hacer eco de sus opiniones y preocupaciones, y asegurar que cada perspectiva se comunique eficazmente y se traduzca en acciones legales dentro de la Corte.

67. La colectivización de la representación y participación de las víctimas presenta ventajas: acelera los procedimientos, maximiza las perspectivas de una estrategia coherente de las víctimas y es más eficiente desde el punto de vista financiero, ya que es más barata que la constitución de varios equipos de menor tamaño.²⁰⁷ Sin embargo, también puede haber peligros en la colectivización de la participación, como el dominio de

200 *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07/07-1328, párr. 16.

201 Hirst n.152, p.130.

202 *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Trial Chamber IV, Decision on common legal representation, ICC-02/05-03/09-337, 25 de mayo de 2012, párr. 42.

203 *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-1328, para. 12.

204 *Prosecutor v Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Registry, Summary of information relevant to the grouping of victims, ICC-01/09-01/11-243-Anx2, 1 de agosto de 2011, párrs. 7-11; CPI, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammad Hussein Ali*, Registry, Summary of information relevant to the grouping of victims, ICC-01/09-02/11-214-Anx2, 5 de agosto de 2011, párrs. 8-12.

ICC, *Banda and Jerbo*, Registry, Summary of Information Relevant to the Grouping of Victims, ICC-02/05-03/09-203-Anx2-Red, 25 de agosto de 2011, párr. 8; ICC, *Banda and Jerbo*, Trial Chamber IV, Decision on common legal representation, ICC-02/05-03/09-337, 25 de mayo de 2012, párr. 34.

205 *Banda y Jerbo*, Secretaría, Summary of Information Relevant to the Grouping of Victims, ICC-02/05-03/09-203-Anx2-Red, 25 de agosto de 2011, párr. 8; y Decision on common legal representation, ICC-02/05-03/09-337, 25 de mayo de 2012, párr. 34.

206 Un total de 4.107 víctimas participan por medio de un abogado, con las cuatro víctimas restantes por decidirse en una fecha posterior. Véase *Ongwen*, Updated Consolidated List of Victims Admitted to Participate in the Proceedings (ICC-02/04-01/15-652), 13 de enero de 2017.

207 *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammad Hussein Ali*, Proposal for the common legal representation of victims, ICC-01/09-01/11-243, 1 de agosto de 2011, párr. 9; Secretaría, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, Pre-Trial Chamber I, Proposal for the common legal representation of victims, ICC-02/11-01-01/11-120, 16 de mayo de 2012, párr. 9; CPI, *Katanga y Chui*, Order on the organisation of common legal representation of victims, ICC-01/04-01/07-1328, 22 de julio de 2009, párr. 10; STL, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, Pre-Trial Judge, Decision on Victims' Participation in the Proceedings, STL11-01/T/PTJ, 8 de mayo de 2012, párr. 120.

las opiniones de ciertas víctimas, la pérdida de la voz de los individuos, la creación de una mayor complejidad y, si no se regula adecuadamente, causar victimización secundaria.²⁰⁸ Al introducir nuevos niveles de representación se corre el riesgo de que otra persona tergiverse los intereses de las víctimas, como puede ser el caso de las víctimas que están organizadas en asociaciones o grupos de víctimas, que luego están representadas junto con otros grupos por un solo abogado.

68. La participación colectiva de las víctimas se ha convertido en una norma en otros procesos penales internacionales e híbridos sobre crímenes internacionales. Probablemente el más desarrollado de estos otros tribunales son las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (ECCC), que tienen el mandato de abordar los crímenes del Khmer Rouge. La participación de las víctimas en las ECCC es algo diferente a la de la CPI.²⁰⁹ Como órgano híbrido, la participación de las víctimas fue establecida por los funcionarios judiciales en el Reglamento Interno de la Corte, en lugar de figurar en su estatuto. Las Reglas de las ECCC distinguen a la ‘víctima’ como aquellas personas naturales o jurídicas que han sufrido daños como resultado de un crimen dentro de su jurisdicción, de una parte civil como víctima cuya solicitud de participación ha sido declarada admisible.²¹⁰ La participación de las víctimas en las salas especiales como parte civil se basa en disposiciones similares para las víctimas en procedimientos penales en Camboya. Las ECCC requieren que la Corte asegure que las víctimas sean “mantenidas informadas y que sus derechos sean respetados a lo largo de todo el proceso”.²¹¹ El papel de las partes civiles en el proceso penal incluye ‘apoyar a la fiscalía’ y ‘buscar reparaciones colectivas y morales’.²¹² Las partes civiles pueden participar individualmente en la etapa previa al juicio, pero más allá de esto, en el juicio y en las etapas posteriores, su participación sólo puede ser a través de un único grupo consolidado ‘cuyos intereses están representados por los Co-Abogados Líderes de la Parte Civil’.²¹³ Las partes civiles pueden testificar y proporcionar declaraciones de sufrimiento, pero no pueden representarse a sí mismas, ni dirigirse directamente a la Corte más que a través de sus representantes.²¹⁴

69. En el primer caso contra Kaing Guek Eav, alias Duch, se permitió a las partes civiles elegir a su propio representante legal.²¹⁵ Participaron unas 94 partes civiles, representadas por cuatro equipos jurídicos. Una encuesta de algunos de los participantes y víctimas encontró que sólo el 14.6% de las partes civiles y el 20.8% de los representantes de las partes civiles asistieron a los procedimientos en vivo. Muchos de los que no asistieron citaron que no sabían de la posibilidad de ir en persona a los procedimientos (39-42%) o que no se les había invitado o preguntado oficialmente (31.5-34%), y el 16% no pudieron asistir debido a la limitación de recursos, como dinero, tiempo de transporte y distancia a la corte.²¹⁶ Sin embargo, en el segundo caso, contra Nuon Chea y Khieu Sampha, la Corte enmendó las reglas y organizó la participación a través de dos Co-Abogados Principales (uno internacional y otro camboyano) que coordinarían con los

208 Véase *Prosecutor v Gbagbo*, Observations on the Practical Implications of the Registry's Proposal on a partly Collective Application Form for Victims' Participation, ICC-02/11-01/11-66, 19 de marzo de 2012.

209 Ver Killean y Moffett n.151, p720-721.

210 Glosario, Reglamento Interno de las ECCC (Rev.8), 3 de agosto de 2011.

211 Regla 21(c), Reglamento Interno de las ECCC.

212 Regla 23(1), Reglamento Interno de las ECCC.

213 Regla 23(3), Reglamento Interno de las ECCC.

214 Decision of 1 July on the Civil Party's Request to Address the Court in Person, caso 002 (002/19-09-2007-ECCC/OCIJ), Sala de Cuestiones Preliminares, 3 de julio de 2008.

215 Reglamento Interno de las ECCC, (Revisión 1), 1 de febrero de 2008, Regla 23(7).

216 N. Kirchenbauer, M. Balthazard, L. Ky, P. Vinck, P. y N. Pham, Victims Participation before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Cambodian Human Rights and Development Association and Harvard Humanitarian Initiative 2013), p. 35.

representantes de las partes civiles,²¹⁷ debido a que más de 4.000 partes civiles querían participar en el caso. Esto ha limitado los derechos de las partes civiles a seleccionar y separarse de sus representantes legales, así como su proximidad a los abogados y a la corte, lo que ha afectado su agencia y su inclusión en los procedimientos.²¹⁸

70. En otros tribunales, la representación legal se ha organizado de manera diferente a la CPI y a las ECCC. En el Tribunal Especial para el Líbano (STL, por sus siglas en inglés), las víctimas no pueden organizar su propia representación legal ante la STL y deben esperar la designación de un representante legal por el Secretario después de que se les haya concedido el estatuto de participación. El Tribunal no reconoce formalmente ninguna representación legal, que puede ser organizada privadamente por las víctimas durante la fase de solicitud.²¹⁹ Las Salas Extraordinarias Africanas (EAC) se organizaron sobre la base de la tradición del derecho civil y del derecho senegalés, en el que las víctimas participaban como partes civiles. En el caso Habré, las víctimas podrían formar partes civiles para participar o unirse como grupo representado por un representante legal conjunto. Las Salas podrían ofrecer a las víctimas o a un grupo de víctimas la opción de tener uno o más representantes conjuntos, pero si no pueden seleccionar uno o más dentro del tiempo asignado, el Administrador de las EAC puede nombrar uno o varios representantes.²²⁰ Unas 4.500 víctimas participaron como partes civiles en el caso Habré, representadas por tres asociaciones de víctimas.²²¹ Las Salas Especializadas de Kosovo sólo permiten la representación legal a través de un abogado de las víctimas proporcionado por la Oficina de Participación de las Víctimas de la Secretaría.²²²
71. Si bien el Tribunal Especial para el Líbano se centra exclusivamente en el atentado con bomba del 14 de febrero de 2005 en el que murieron el Primer Ministro Rafik Hariri y otras 21 personas, hay más de 70 víctimas que participan por conducto de tres asesores jurídicos, un abogado principal internacional con experiencia en derecho penal internacional y dos abogados libaneses que tienen una relación anterior con las víctimas.²²³ En la División de Delitos Internacionales de Uganda, se han designado dos representantes legales de las víctimas para que representen a 98 víctimas en el caso *Kwoyelo*, con un arreglo similar para el caso *Mukulu*.²²⁴ Sin embargo, en su primera decisión sobre el atentado de Kampala contra miembros de Al-Shabaab, ninguna víctima pudo participar y el fiscal no estableció una relación con las víctimas para obtener una declaración de impacto en vista de la sentencia.²²⁵

217 Reglamento Interno de las ECCC, (Revisión 5), 5 de febrero de 2010, Reglas 12ter, 23(5).

218 Killean y Moffett n.151, p721.

219 Véase la Directiva STL sobre la representación legal de las víctimas.

220 Artículo 14 del Estatuto de la CAO.

221 La Asociación de Víctimas de Delitos y Represión Política (AVCRP); la Asociación de Víctimas de Delitos del régimen de Habré (AVCRHH); y la Red de Derechos Humanos en Chad (RADHT). Véase Christoph Sperfeldt The trial against Hissène Habré: networked justice and reparations at the Extraordinary African Chambers, *The International Journal of Human Rights*, 21(9) (2017), 1243-1260, p1248.

222 Artículo 22(5).

223 Nombrado sobre la base de incluir, en particular, las opiniones o preferencias expresadas por las víctimas participantes, la naturaleza y complejidad del caso, las aptitudes, experiencia y atributos personales del representante legal, incluidos los conocimientos lingüísticos, la experiencia previa en procedimientos penales internacionales y/o la familiaridad con el Líbano y/o el derecho libanés, así como cualquier relación existente entre las víctimas que van a ser representadas y el representante legal". Designation of Victims' Legal Representation, STL-11-01/PT/PTJ 16 de mayo de 2012, párrafo 9; y Artículo 19(c) de la Directiva STL sobre la Representación Legal de las Víctimas.

224 Jane Patricia Bako, One Step Forward, One Step Back: The Fate of Victims Before the International Crimes Division of Uganda, *International Justice Monitor*, 27 de junio de 2018.

225 *Uganda v Kamoga Siraje & 13 Ors* (Criminal Session Case No. HCT - 00 - ICD - CR - SC - No. 004 OF 2015)[2017] UGHICD 1 (21 de agosto de 2017).

72. Lo común en nuestros diálogos con los representantes legales de las víctimas en los procedimientos penales nacionales, híbridos e internacionales ha sido la falta de financiación, lo que ha inhibido su capacidad para relacionarse regularmente con las víctimas. En el ICD ugandés, si bien las víctimas podían nombrar a su propio abogado cuando podían permitirselo, todos son empobrecidos y dependen de abogados de oficio, por lo que no se les consultó sobre el abogado que preferían, ya que los dos designados en el caso *Kwoyelo* son financiados por el Estado.²²⁶ Incluso al ser nombrados, estos abogados tienen otros casos, ya que el Registro del ICD ha tardado en pagarles, lo que significa que uno de estos abogados sólo ve a las víctimas cada seis meses a pesar de vivir a pocas millas de distancia de la comunidad.²²⁷ Las víctimas que participaron en la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica se enfrentaron a problemas similares, ya que su presupuesto limitado y tasas inferiores a lo normal desalentaron la colaboración de los abogados más cualificados en representar a las víctimas.²²⁸

Participación en persona

73. Algunas víctimas han participado personalmente en la CPI para presentar sus puntos de vista y preocupaciones personales a la Corte. En las causas *Lubanga* y *Katanga* y *Chui*, la Corte exigió a las víctimas que prestaran testimonio bajo juramento para que se utilizara como prueba, dándoles así la condición de testigos. A estas víctimas se les permitió discutir ampliamente su victimización, otros crímenes que ocurrieron y la responsabilidad de los acusados.²²⁹ El Tribunal ha encontrado que las víctimas expresan personalmente sus opiniones y preocupaciones, que idealmente sólo deberían hacerse a través de sus representantes legales, a fin de proteger al acusado, que sólo puede repreguntar a los testigos.²³⁰ En la causa *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia I decidió que el propósito de que las víctimas presentaran sus opiniones y preocupaciones no formaba parte de las pruebas, sino que tenía por objeto proporcionar a los magistrados una comprensión contextual de los hechos ante la Corte.²³¹ La Corte ha hecho uso de esta facultad discrecional basándose en que está facultada para encontrar y determinar la verdad.
74. En la causa *Bemba*, la Sala de Primera Instancia III permitió que tres víctimas expresaran sus opiniones y preocupaciones a través de un enlace de vídeo en directo, sobre la base de que sus daños eran representativos de un grupo más amplio de víctimas ante la Corte.²³² A pesar de la oposición de la defensa y de la fiscalía, los jueces permitieron que estas tres víctimas hablaran por su propia cuenta, no como testigos. Esto se justificaba porque las víctimas necesitaban narrar con sus propias palabras los antecedentes fácticos de las acusaciones de las que se derivaban sus opiniones y preocupaciones. Además, sería imposible que las víctimas, en particular las que sufren violencia sexual, pudieran presentar sus puntos de vista y preocupaciones de una manera abstracta y general, sin tener en cuenta los hechos y su experiencia de

226 Sección 46, Reglas del ICD; y Bako n. 224.

227 Entrevista UG15, julio de 2018, Gulu, Uganda.

228 TRC Final Report, Vol. V, p117.

229 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-T-225-RED, p. 31.

230 Artículo 67(1)(e); Prosecutor v Lubanga, Order Issuing Public Redacted Version of the 'Decision on the Request by Victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to Express their Views and Concerns in Person and to Present Evidence during the Trial, ICC- 01/04-01/06/06-2032-Anx, 9 de julio de 2009, párrs. 25 - 26; *Katanga* y *Chui*, ICC-01/04-01/07/07- 1788tENG, párrs. 86 y 89.

231 ICC-01/04-01/06-2032-Anx, párr. 25.

232 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-2138, párrs. 39-51; Víctims a/0542/08, a/0394/08 y a/0511/08; véase *Bemba*, Transcripciones 25-26 de julio de 2012, ICC-01/05-01/08-T-227- Red-ENG e ICC-01/05-01/08-T-228-Red-ENG.

lo que ocurrió.²³³ Como no estaban siendo juramentados como testigos, no podían ser conainterrogados por la fiscalía o la defensa, y como resultado los jueces no considerarían sus opiniones y preocupaciones como parte de su determinación final de las pruebas.²³⁴ Como tal, la participación directa de las víctimas sólo se utiliza para dar una base contextual muy selectiva. Las declaraciones orales de las víctimas ante la Corte discuten su experiencia de violencia por parte de las tropas del Sr. Bemba y el consiguiente daño que siguen sufriendo.²³⁵ Aunque las víctimas expresaron satisfacción y algún alivio al testificar ante la Corte, sólo lo hicieron cuando los jueces se lo pidieron. Un área de preocupación de tales testimonios fueron las altas expectativas de las víctimas de la CPI, con una buscando obtener fondos del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (TFV) y otra buscando una nueva pierna artificial. Si bien estas oportunidades pueden ayudar a proporcionar una “perspectiva humana” a un tribunal,²³⁶ el beneficio a largo plazo para las víctimas es cuestionable, particularmente a la luz del colapso del caso *Bemba* en junio de 2018.

75. Con el fin de proteger los derechos del acusado, las víctimas que participan anónimamente se limitan a hacer declaraciones de apertura y de cierre, a acceder a documentos públicos y a participar en audiencias públicas.²³⁷ En el caso *Lubanga*, la Corte sostuvo que si bien es necesario proteger a los acusados de acusaciones anónimas, la participación de las víctimas se vería socavada si tuvieran que renunciar a la protección del anonimato para poder participar.²³⁸ Por consiguiente, “cuanto mayor sea el alcance y la importancia de la participación propuesta, más probable será que la Sala exija a la víctima que se identifique”.²³⁹ Como salvaguardia adicional, la Sala hizo hincapié en que siempre conocerá la identidad de la víctima y estará en la mejor posición para juzgar el alcance de su participación. En cambio, en el caso *Bemba*, los jueces determinaron que no hay distinción en la forma en que las víctimas anónimas y no anónimas pueden participar.²⁴⁰ En la práctica, esta cuestión puede ser discutible, ya que las víctimas anónimas y no anónimas suelen estar representadas por los mismos representantes legales.²⁴¹

Protección y apoyo psicológico

76. La protección y el apoyo a las víctimas que comparecen ante los órganos internacionales de justicia penal ha sido un desafío institucional, especialmente en condiciones de inseguridad vigente o cuando los perpetradores siguen en libertad o en el poder. Dicho esto, de estas cortes y tribunales han surgido una serie de prácticas cuyo objetivo es minimizar la victimización secundaria de las víctimas que

se relacionan con ellas. Los tribunales especiales para la ex Yugoslavia (ICTY/ TPIY) y Rwanda (ICTR/ TPIR) tenían la obligación de proteger a las víctimas y los testigos, con medidas específicas para los supervivientes de la violencia sexual.²⁴² Ambos tribunales se beneficiaron de una Sección de Apoyo para los testigos y víctimas que se presentaron a declarar para proporcionarles un entorno seguro y digno, a fin de evitar causarles un trauma en las actuaciones.²⁴³ Los tribunales adoptaron medidas de protección, incluidas medidas de confidencialidad en las actuaciones (audiencias privadas y distorsión de la voz y la cara), el anonimato y la reubicación. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia adoptó medidas de protección en el 38% de los casos, mientras que en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue en 95%.²⁴⁴ A pesar de estas disposiciones, al menos nueve testigos fueron asesinados en una causa ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia,²⁴⁵ y 99 testigos y víctimas fueron asesinados en los meses anteriores a la creación de la Sección de Apoyo a los Testigos y las Víctimas del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Muchos otros fueron estigmatizados, aislados de su familia o comunidad, acosados e incluso atacados violentamente.²⁴⁶ En los procedimientos del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, las víctimas que comparecen como testigos también sufrieron a causa de algunos acusados que los atacaron verbalmente, como por ejemplo cuando Milošević llamó a un testigo “asesino y ladrón”²⁴⁷ o Karadžić, dijo que otro “no era una víctima” a pesar de que éste había sobrevivido a una ejecución masiva en Srebrenica.²⁴⁸ El carácter penal de las actuaciones hace que las salas y las partes estén más interesadas en establecer los hechos y la responsabilidad penal individual que en escuchar las voces de las víctimas. Estas experiencias de victimización secundaria tuvieron un impacto negativo en la voluntad de las víctimas de participar en los tribunales además de determinar sus expectativas y percepciones de la justicia.²⁴⁹

77. En la CPI el tratamiento de las víctimas es similar al de los tribunales ad hoc, con una Unidad de Víctimas y Testigos (VWU) en la Secretaría que proporciona medidas de protección, seguridad, asesoramiento y otras medidas apropiadas para las víctimas y testigos que comparecen ante la Corte.²⁵⁰ La Corte también opera el Sistema de Respuesta Inicial (IRS) en los países bajo investigación, que permite a las víctimas o testigos buscar ayuda en cualquier momento en que crean que ellos o sus familias están en peligro.²⁵¹ Si se recibe alguna llamada, un socio local extrae a la persona o personas y las coloca en un lugar seguro antes de que se evalúe la necesidad de adoptar nuevas medidas de protección. Sin embargo, teniendo en cuenta que este

233 *Bemba*, Partly Dissenting Opinion of Judge Sylvia Steiner on the Decision on the Supplemented Applications by the Legal Representatives of Victims to Present Evidence and the Views and Concerns of Victims, ICC-01/05-01/08-2138, ICC-01/05-01/08-2140, 23 de febrero de 2012, p21-22.

234 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-T-227-Red-ENG, 25 de julio de 2012, p19-22.

235 Ver Moffett n.30, p106-108.

236 Carsten Stahn, Hector Olásolo y Kate Gibson, Participating of Victims in Pre-trial Proceedings of the ICC, *Journal of International Criminal Justice* 4(2) (2006) 219-238, p221.

237 *Lubanga*, Decision on the Arrangements for Participation of Victims a/0001/06, a/0002/06, and a/0003/06 at the Confirmation Hearing, ICC-01/04-01/06-462, 22 de septiembre de 2006, pp. 6-7; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1119, párrs. 130-131; *Lubanga*, Decision on the Defence and Prosecution Requests for Leave to Appeal the Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1191, 26 February 2008, para. 36; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-474, para. 184; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-807, párrs. 61-69.

238 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1119, para. 130; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1191, para. 36; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-474, para. 182.

239 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1119, para. 131.

240 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-320, para. 99.

241 McGonigle n.188, p285.

242 Artículo 22, TPIY; Artículo 21, TPIR; y Regla 96.

243 Antonio Cassese, Informe anual del TPIY a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/50/365, párrafos 108-110.

244 Göran Sluiter, The ICTR and the Protection of Witnesses, *Journal of International Criminal Justice* 3(4) (2005) 962-976, p967.

245 EL caso *Haradinaj*, véase Merdijana Sadović y Aleksandar Roknić, Serbian Anger at Haradinaj Acquittal, *IWPR*, 14 de abril de 2008.

246 Eric Stover, *The Witnesses* (University of Pennsylvania Press 2005), p98; Chris Mahony, *The Justice Sector Afterthought: Witness Protection in Africa*, (Institute for Security Studies 2001), p59; and More Can Be Done to Protect ICTR Witnesses, *Hirondelle News Agency*, 17 de diciembre de 2004.

247 Stover *ibid.*, p99.

248 *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-I, Transcripción, 21 de abril de 2010, p. 1330.

249 Véase Marie-Bénédicte Dembour y Emily Haslam, Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Crimes Trials, *European Journal of International Law* 15(1) (2004) 151-177.

250 Artículo 43(6) del Estatuto de Roma.

251 Reglamento de la Secretaría 93 y 95; Report of the Court on the Kampala Field Office: Activities, Challenges and Review of Staffing Levels; On Memoranda of Understanding with Situation Countries, ICC-ASP/9/11, 2011, p2; Silvana Arbia, The International Criminal Court: Witness and Victim Protection and Support, Legal Aid and Family Visits, *Commonwealth Law Bulletin* 36(3) (2010) 519-528, p522.

sistema depende de las fuerzas policiales locales, que pueden ser corruptas, o los delitos denunciados pueden involucrar al gobierno, podría resultar en un mayor daño para el individuo. La Dependencia de Víctimas y Testigos también cuenta con un programa de protección que puede reubicar a las víctimas y los testigos si es necesario dentro o fuera del país. La Dependencia de Víctimas y Testigos también ofrece “asistencia y asesoramiento psicológico y social” las 24 horas del día a las víctimas, los testigos y sus familias, así como asistentes de apoyo en los tribunales para “atender sus necesidades emocionales y físicas”.²⁵²

78. La CPI incluye una serie de medidas de protección para permitir que las víctimas y los testigos participen en las actuaciones minimizando sus riesgos al hacerlo. Tales medidas pueden incluir audiencias cerradas (a puerta cerrada), seudónimos, distorsión de la voz y la cara, no divulgación pública y redacción de la identidad o información de identificación del registro.²⁵³ La Corte ha variado el uso de estas medidas dependiendo de la etapa del proceso y en la búsqueda del equilibrio correcto entre los derechos del acusado a confrontar a su acusador y la protección y seguridad de las víctimas. Por ejemplo, los jueces han suprimido la mayor parte de la información sobre las víctimas en la fase de instrucción, ya que no afectan a los derechos del acusado hasta la etapa de enjuiciamiento.²⁵⁴ Si bien son rentables cuando la Corte no tiene una presencia sustancial en el terreno, las redacciones también pueden limitar la capacidad de las víctimas para participar. Si las víctimas quieren más derechos de participación, como interrogar a los testigos o al acusado, tienen que renunciar a su anonimato para equilibrar con los derechos del acusado.²⁵⁵ La medida más extrema que puede utilizar la Corte es la reubicación, pero a menudo es reacia a utilizarla. Tal como señaló la Sala de Apelaciones, la reubicación es,

‘un asunto serio que puede tener un ‘impacto dramático’ y un ‘efecto serio’ en la vida de un individuo, particularmente en términos de sacar a un testigo de su entorno normal y de sus lazos familiares y de reasentarlo en un nuevo entorno. Puede tener consecuencias a largo plazo para la persona reubicada -incluida la posibilidad de poner a una persona en una situación de mayor riesgo al poner de relieve su participación en la Corte y hacer más difícil que esa persona regrese al lugar desde el que fue reubicada, incluso en circunstancias en que se pretendía que la reubicación fuera sólo provisional. Cuando se produce una reubicación, es probable que implique una planificación cuidadosa y posiblemente a largo plazo para la seguridad y el bienestar del testigo en cuestión.’²⁵⁶

79. Para las víctimas o testigos vulnerables, se les pueden proporcionar medidas especiales que incluyen una persona de apoyo en los procedimientos, dispositivos de protección, tecnología de videoconferencia e interrogatorios delicados.²⁵⁷ Los jueces también han desempeñado un papel clave en el control de los acusados y de los abogados defensores que interrogan a las víctimas. Mientras que los magistrados están obligados a hacerlo en virtud de las normas de la Corte, los abogados siguen

252 Artículo 68(2), Regla 87(3), y Reglamento 94, Reglamento de la Secretaría.

253 Ídem.

254 *Kony y otros*, ICC-02/04-01/05-134, párr. 21; *Situation in DRC*, ICC-01/04-374, párr. 28; *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07-579.

255 Véase *Katanga y Chui*, ICC-01/04-01/07/07-1788-tENG, párrs. 92-93.

256 *Prosecutor v Katanga and Chui*, On the Appeal of the Prosecutor against the ‘Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute and Rule 77 of the Rules’ of Pre-Trial Chamber I, ICC- 01/04-01/07-776, 26 de noviembre de 2008, pár. 66; respaldando ICC-01/04-01/07-585; un Fondo Especial de Reubicación entre los Estados Parte ha sido establecido para apoyar las reubicaciones.

257 Regla 88. Ver Moffett n.30, p130-141.

su código de conducta.²⁵⁸ Los jueces han incorporado algunas buenas prácticas de justicia procesal al permitir que las víctimas testifiquen primero “contando su historia” en forma narrativa, sin interrupciones ni preguntas tendenciosas.²⁵⁹ Además, los jueces han sido empáticos y respetuosos con las víctimas, agradeciéndoles su asistencia y la ayuda propiciada a la Corte en determinar la verdad, así como deseándoles la mejor salud.²⁶⁰

80. A pesar de estas medidas de protección, en Kenia, los testigos y las víctimas fueron identificados en las redes sociales para los periodistas kenianos y otros actores, intimidados por las amenazas, el uso del soborno y el ejercicio de la presión social, y algunas fueron asesinadas.²⁶¹ Como resultado, los procedimientos contra el presidente, el vicepresidente y otros acusados se desplomaron.²⁶² En conjunto, la experiencia de los órganos internacionales de justicia penal en la protección de las víctimas y los testigos que comparecen ante ellos en sociedades en post-conflicto es problemática, y no se ve favorecido por la lejanía de esos tribunales ni por el riesgo de que se identifique a estas personas en sus comunidades de origen.

Normas internacionales sobre condenas por delitos internacionales

81. No existe una obligación específica de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho penal internacional de imponer una pena obligatoria o determinada a los responsables de crímenes internacionales (crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece una pena máxima de 30 años y cadenas perpetuas en casos de extrema gravedad,²⁶³ pero en las primeras condenas ante la Corte el promedio ha sido de 13,25 años.²⁶⁴ En términos de complementariedad, la Corte Penal Internacional sólo prevé que la imposición de penas es una cuestión en la que tales disposiciones tienen por objeto proteger a una persona de la responsabilidad penal o en la que las actuaciones no se llevaron a cabo de forma independiente o imparcial a la luz de las normas internacionales sobre garantías procesales, que

258 Regla 88(5), Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI; y Artículo 24, Código de conducta profesional de los abogados, Resolución ICC-ASP/4/Res.1, 2 de diciembre de 2005.

259 McGonigle n.188, p. 322, fn. 610.

260 Véanse, por ejemplo, las dos víctimas que testificaron en el juicio de *Katanga y Chui*, Testigo DRCV19-P-0002, ICC-01/04-01/07-T-233-Red-ENG, 23 de febrero de 2011, p. 53 líneas 7-19, y Testigo DRC-V19-P-0004, ICC-01/04-01/07-T-235-Red-ENG, 25 de febrero de 2011, p. 45 líneas 19-25.

261 Véase *Prosecutor v Ruto and Sang*, ICC-01/09-01/11-896-Corr-Red, 5 de septiembre de 2013; y Warrant of Arrest for Walter Osapiri Barasa, ICC-01/09-01/13-1-Red2, 2 de agosto de 2013.

262 Declaración del Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, tras una solicitud de aplazamiento de la fecha provisional del juicio, 19 de diciembre de 2013.

263 Artículo 77(1) del Estatuto de Roma.

264 Lubanga fue condenado a 14 años por utilizar niños soldados, Katanga a 12 años por su papel en la masacre de Bogoro, Bemba fue condenado por responsabilidad de mando por matar, violar y saquear a su tropa en la República Centroafricana y condenado a 18 años (más tarde absuelto), y Al Mahdi a 9 años tras declararse culpable.

son incompatibles con la intención de llevar a la persona de que se trate ante la justicia.²⁶⁵ Hasta la fecha, la CPI no ha admitido casos sobre la base de procesamiento ineficientes en cortes locales, aunque hay dos casos en los que los sospechosos acusados buscados por la Corte han sido procesados, condenados y encarcelados, para luego recibir un indulto algunos meses después.²⁶⁶ Sería difícil para los jueces internacionales determinar que las sentencias reducidas que se negocian en virtud de un acuerdo de paz y que son aprobadas por una legislatura nacional se deciden mejor ante la Corte.

82. El juicio justo internacional y las normas de acceso a la justicia incluyen la mitigación de la pena, las amnistías y los indultos. Si bien ha habido una creciente jurisprudencia que reconoce el derecho de las víctimas a la justicia, es una obligación de medios y no un resultado para el Estado. En otras palabras, las víctimas no tienen derecho a exigir que una persona en particular sea condenada o que se dicte una sentencia o sanción específica.²⁶⁷ El resto de esta sección esboza la cuestión de la mitigación de la pena por crímenes internacionales, así como el uso de amnistías e indultos para facilitar la rendición de cuentas, la verdad y la reconciliación. Estos principios y jurisprudencia pueden ser instructivos para proporcionar una base de derecho internacional consuetudinario para la adopción de decisiones sobre las penas alternativas.

2.2.2. Condenas y proporcionalidad

83. Las sentencias por violaciones graves de los derechos humanos y delitos internacionales deben imponer penas adecuadas que sean proporcionales a la gravedad de la violación.²⁶⁸ El TPIY ha seguido un enfoque retributivo del tipo proporcionado, caracterizado por su determinación de “desiertos justos”, con sentencias “que tienen que ser proporcionales a la gravedad del crimen y a la culpabilidad moral de los condenados”.²⁶⁹ La CPI utiliza un cálculo similar.²⁷⁰ La Corte Interamericana ha declarado que la regla de proporcionalidad exige que los Estados,

‘impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado’.²⁷¹

265 Artículo 17(1)(c) y Artículo 20(3) del Estatuto de Roma. Véase Héctor Olasolo, Complementarity Analysis of National Sentencing, en R Haveman y O Olusanya (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, (Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006) 37-66.

266 Simone Gbagbo en Costa de Marfil y Saif Gaddafi en Libia. Estos procedimientos están en curso en la Corte Penal Internacional, pero siguen siendo admisibles debido a decisiones anteriores sobre la caracterización de los cargos que se les imputan en los procedimientos nacionales. En el caso de las personas procesadas en procedimientos nacionales, la CPI sólo puede considerarlas admisibles cuando dichos procedimientos protegen a la persona acusada, se retrasan injustificadamente o no se llevan a cabo de manera imparcial o independiente.

267 *Budayeva y otros c. Rusia* 15339/02 11673/02 15343/02.... | Sentencia (Fondo y satisfacción justa) | Tribunal (Sección Primera) | 20/03/2008, párr. 144.

268 Artículo 4(2), Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Sentencia Caso *Manuel Cepeda Vargas vs Colombia*, 26 de mayo de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 150 y nota 210; Sentencia Caso *Masacre de La Rochela vs Colombia*, 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 193.

269 *Prosecutor v. Erdemović*, Sentencing Judgment, IT-96-22-T (29 de noviembre de 1996), párr. 64; *Prosecutor v. Dragan Nikolić*, IT-94-2-S, 18 December 2003 (18 de diciembre de 2003), párr. 245.

270 Según artículo 81(1)(a) del Estatuto de Roma y la Regla 145(a)(a) del RPE. Véase la Sentencia en *Lubanga*, 10 de julio de 2012, párr. 1. 93; *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, párr.39; y Al Mahdi, Fallo y sentencia ICC-01/12-01/15-171, 27 de septiembre de 2016, párr.67.

271 *Caso Heliodoro Portugal vs Panamá*, Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (12 de agosto de 2008), párr. 203. Véase también *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párrafo 133; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia*, párrs. 150 y 153.

84. En el caso de la *Masacre de Rochela*, la Corte declaró en relación con el proceso de la Ley de Justicia y Paz que,

‘la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.’²⁷²

85. El Corte Europea de Derechos Humanos ha dictaminado lo mismo,

El castigo justo y proporcionado es objeto de un debate racional y de un desacuerdo civilizado. Por consiguiente, los Estados contratantes deben disponer de un margen de apreciación para decidir la duración adecuada de las penas de prisión para determinados delitos’.²⁷³

86. La proporcionalidad en el derecho penal internacional es una consideración clave en las sentencias de los órganos de justicia penal internacional, pero esas evaluaciones se basan en la gravedad del delito y en factores atenuantes y agravantes.²⁷⁴

Mitigación de la pena y declaraciones de culpabilidad

87. Tradicionalmente, desde la Segunda Guerra Mundial, la justicia penal internacional ha permitido la atenuación de las penas no para reducir “el grado del crimen...[sino que] más [como] una cuestión de gracia no de defensa”.²⁷⁵ La mitigación de la pena y la libertad anticipada tienen una serie de factores que disminuirán el número de años que una persona responsable de crímenes internacionales permanecerá en prisión.

88. En las decisiones de puesta en libertad anticipada, la Corte Penal Internacional tiene en cuenta la “disociación genuina” de una persona condenada de su delito, las perspectivas de que sea reincorporada a la sociedad, si su puesta en libertad daría lugar a una “inestabilidad social significativa”, cualquier acción “significativa” de la persona condenada en beneficio de las víctimas y el impacto de su puesta en libertad en las víctimas y sus familias, así como sus circunstancias individuales, como el empeoramiento de su estado de salud o su edad avanzada.²⁷⁶

272 *Caso Masacre de La Rochela vs Colombia*, 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas), p. 196.

273 *Vinter y otros c. el Reino Unido*, solicitudes N° 66069/09, 130/10 y 3896/10, sentencia (fondo y satisfacción justa), 9 de julio de 2013, párr. 105.

274 La proporcionalidad se utiliza en una serie de otras áreas del derecho internacional, como el derecho internacional humanitario, el arbitraje y el derecho constitucional. Véase Thomas Cottier, Roberto Echandi, Rachel Liechti-McKee, Tetyana Payosova y Charlotte Sieber, The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations, *The Journal of World Investment and Trade* 18(4) (2017), 628-672.

275 *United States of America vs. Wilhelm List et al (Hostage Case)*, 19 de febrero de 1948, XI Trial of War Criminals, p1317.

276 Regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

89. Los Principios de las Naciones Unidas para Combatir la Impunidad prevén el papel de las confesiones, la divulgación y el arrepentimiento como justificación legítima para la reducción de la pena, pero no como exención de responsabilidad penal o de otro tipo.²⁷⁷ Esto refleja que la mayoría de los sistemas de justicia penal permiten reducir las penas con declaraciones de culpabilidad, pero los Principios de Impunidad no proporcionan ninguna orientación sobre el alcance de dicha reducción ni sobre si puede ser automática.²⁷⁸ La Convención sobre Desapariciones Forzadas también sugiere que los Estados Partes establezcan circunstancias atenuantes para las personas implicadas en desapariciones quienes aclaran efectivamente la suerte, el paradero o la identidad de la(s) víctima(s).²⁷⁹ Sin embargo, imponer pequeñas multas suspendidas a las fuerzas estatales responsables del asesinato de civiles puede hacer que el castigo sea irrisorio y no garantice la protección del derecho a la vida de las personas. En un sistema de justicia penal eficaz, es necesario que se reconozca la responsabilidad de las violaciones graves de los derechos humanos con sanciones adecuadas.²⁸⁰ Además, la clemencia puede considerarse injustificada, como en el caso de la violencia doméstica que se justifica por motivos de “costumbre, tradición u honor”.²⁸¹ Tiene que haber coherencia y certeza de que la indulgencia o el indulto se aplican por igual a los agentes estatales y no estatales; los que se proporcionan solo a los agentes estatales responsables de las violaciones se considerarán incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos, especialmente cuando no hayan sido objeto de sanciones disciplinarias.²⁸² Para nuestro análisis son pertinentes los factores atenuantes de la contribución de una persona condenada a un proceso de paz o reconciliación, la cooperación con un tribunal, el comportamiento después del delito y la conducta hacia las víctimas, incluidos los esfuerzos por indemnizarlas.²⁸³
90. El cese de la violencia y la participación de los perpetradores en las negociaciones de paz es un importante factor atenuante en el TPIY y la CPI.²⁸⁴ Estos esfuerzos deben ser “auténticos y concretos”.²⁸⁵ En el caso *Katanga*, la CPI consideró que el “apoyo personal y activo de la persona condenada al proceso de desarme y desmovilización de los niños soldados,”²⁸⁶ la asistencia para la liberación de rehenes y la protección

277 Principio 28, Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1.

278 Christopher Gosnell, Principio 28 Restricciones a los efectos de la legislación sobre la divulgación o el arrepentimiento, en F. Haldemann y T. Unger, *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, 305-314, p307.

279 Artículo 7(2)(a) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2007.

280 *Öneriyildiz vs. Turquía*, App. N° 48939/99, Sentencia (Fondo y satisfacción justa), 30 de noviembre de 2004, párrs. 116 a 117.

281 *Opuz vs. Turkey*, App. N° 33401/02, Sentencia (Fondo y satisfacción justa), 9 de junio de 2009, párr. 103.

282 *Kepa Urra Guridi vs. España*, CAT/C/34/D/212/2002, 17 de mayo de 2005, párr. 6.6.

283 El TPIY incluyó una serie de factores atenuantes: (1) la cooperación con la Fiscalía; (2) la admisión de culpabilidad o una declaración de culpabilidad; (3) la expresión de remordimiento; (4) la entrega voluntaria; (5) el buen carácter sin condenas penales previas; (6) el comportamiento en detención; (7) las circunstancias personales y familiares; (8) el carácter del acusado después del conflicto; (9) la coacción y la participación indirecta; (10) la disminución de la responsabilidad mental; (11) la edad; y (12) la asistencia a los detenidos o víctimas. La mala salud debe considerarse sólo en casos excepcionales o raros. - *Prosecutor v. Blaškić*, Appeal Judgement, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 696; y *Prosecutor v. Milan Babić*, Judgement on Sentencing Appeal, IT-03-72-A, 18 de julio de 2005, párr. 43.

284 *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic* Trial Judgement, IT-02-60, 7 de enero de 2005, párrs. 858-860), y *Prosecutor v. Biljana Plavšić*, Sentencing Judgement, IT-00-39&40/1, 27 de febrero de 2003, párrs. 85-94 y 110.

285 *Bemba*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016, párr. 72.

286 *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, párr.144.

de los civiles dentro de su propia comunidad,²⁸⁷ no podía desempeñar un papel determinante debido a sus crímenes cometidos contra miembros de la otra comunidad civil en Ituri el Hema. Estos esfuerzos deben ser “palpables y genuinos, sin necesidad de exigir resultados”,²⁸⁸ con pruebas basadas en un equilibrio de probabilidades.²⁸⁹ Las personas condenadas deben demostrar que sus esfuerzos de paz y reconciliación son sinceros, genuinos y se llevan a cabo. La CPI sostuvo en el caso *Bemba* que el hecho de que el acusado que escribiera un libro sobre la paz era insuficiente.²⁹⁰ Los esfuerzos para contribuir a la paz en otros países y no en el país en el que el individuo fue condenado por delitos, tienen un valor limitado en la mitigación.²⁹¹

91. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda llegaron a conclusiones similares en el sentido de que la contrición o la contribución a la paz o la reconciliación pueden ser factores atenuantes importantes cuando reconocen el sufrimiento de las víctimas, reconocen su responsabilidad, se disculpan y promueven y negocian activamente la paz.²⁹² Sin embargo, esos esfuerzos de los condenados no pueden juzgarse por sus actos para proteger a los civiles dentro de su propia comunidad.²⁹³ Se considera que las declaraciones de arrepentimiento y disculpas de los condenados también contribuyen a la reconciliación al formar parte de una sentencia proporcionada, en el sentido de que no son demasiado indulgentes ni duras,²⁹⁴ pero los jueces han reconocido que el castigo en sí mismo sólo puede hacer una contribución limitada en las sociedades post-conflicto.²⁹⁵ Las declaraciones de remordimiento y disculpas pueden ser factores atenuantes cuando son genuinas y sinceras.²⁹⁶ Parece necesario que el condenado reflexione sobre sus actos y sea consciente de sus faltas al tratar de enmendar los actos cometidos durante la guerra para garantizar la paz y la reconciliación.²⁹⁷
92. El Tribunal Especial para Sierra Leona consideraban que los condenados que actuaban en cumplimiento de su deber cívico de luchar por la restauración de la democracia en el país en el caso *Fofana y Kondewa*,²⁹⁸ pero eso no fue así,

Los delitos por los que los acusados fueron juzgados y condenados siguen siendo delitos muy graves, y tanto Fofana como Kondewa llevarán el estigma de una condena después de que hayamos pronunciado sus sentencias. La Sala espera que esta sentencia envíe un mensaje a las futuras fuerzas armadas o grupos de milicias pro-democracia de que, a pesar de la justicia o propiedad de su causa, deben observar las leyes de la guerra al perseguir o defender causas legítimas,

287 *Ibidem*, párrs. 88 y 92.

288 *Katanga*, Decisión sobre la sentencia de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, 23-10-2015, párrafo 91.

289 *Lubanga*, Decisión sobre la sentencia de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/04-01/06-2901 10-07-2012, párrafo 34.

290 *Bemba*, Decisión sobre la condena de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016, párrafo 73.

291 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016, párr. 76.

292 *Plavšić*, Sentencing Judgement, 27 de febrero de 2003, IT-00-39&40/1, párrs. 73-94; y *Omar Serushago*, ICTR-98-39, 5 de febrero de 1999, párr. 38.

293 *Babić*, párrafo 60.

294 *Prosecutor v. Dragan Nikolić*, Sentencing Judgement, IT-94-2-S, 18 de diciembre de 2003, párr. 245; *Al Mahdi* Judgment and Sentence ICC-01/12-01/15-171, 27 de septiembre de 2016, párrs. 67 y 100.

295 *Nikolić*, para.245.

296 *Blaškić*, Appeal Judgement, párrafo. 705.

297 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016, párrafo 76.

298 *Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allied Kondewa*, caso N° SCSL-04-14-T, 9 de octubre de 2007, párrs. 94 y 95.

y de que no deben reclutar o utilizar a niños como agentes o instrumentos de guerra. Además, les recordará su obligación de proteger a los civiles que están desarmados y no participan en las hostilidades, y cuya aspiración es sólo la protección, independientemente de su afiliación percibida”.²⁹⁹

93. Sin embargo, en el caso del *AFRC*, un buen historial de servicio en el ejército no se consideraba un factor atenuante, sino “simplemente... un deber”.³⁰⁰ Se ha señalado que una declaración de culpabilidad es un factor atenuante, ya que ahorra tiempo a la Corte y alivia a los testigos y a las víctimas del estrés que supone testificar,³⁰¹ pero se le da más peso cuando los condenados están dispuestos a prestar testimonio en otros casos. Sin embargo, en varias causas de los primeros años del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, si bien varios sospechosos se declaran culpables, el tribunal impuso largas sentencias debido a la gravedad de los cargos de genocidio.³⁰² La mayoría de los acusados del TPIR estaban deseosos de recibir sentencias reducidas, pero no estaban dispuestos a declararse culpables de genocidio para recibir las, debido a que muchos de ellos veían la violencia como parte de un conflicto entre el gobierno hutu ruandés y los rebeldes tutsi de Uganda.³⁰³
94. La contribución a la reparación o la asistencia a las víctimas puede considerarse un factor atenuante sustancial de la sentencia. Los factores atenuantes de la Corte Penal Internacional al dictar sentencia reconocen explícitamente la conducta del acusado al proporcionar indemnización a las víctimas.³⁰⁴ Existen disposiciones similares en el ICD de Uganda.³⁰⁵ La asistencia a las víctimas figura en el 38-42,5% de las decisiones de sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda examinadas por Hola y otros.³⁰⁶ El peso de la asistencia propiciada a las víctimas y a los civiles se juzga en función de la gravedad de los delitos por los que se condena a la persona, como por ejemplo, salvar a una familia de otra comunidad cuando está involucrada en la muerte de cientos de civiles.³⁰⁷ La CPI ha explicitado que la asistencia a las víctimas y a los civiles en general debería tener más peso como factor atenuante que la asistencia selectiva.³⁰⁸ Las declaraciones de remordimiento, incluidas las de disculpa, se consideran un factor importante.³⁰⁹ Sin embargo, se da menos importancia a la expresión de simpatía o empatía hacia las víctimas, ya que el condenado no reniega de sus actos ilícitos.³¹⁰ A pesar de estas consideraciones, los factores agravantes de la antigüedad del condenado y la gravedad de los delitos, en particular el genocidio, pueden pesar más que esos esfuerzos en favor de las víctimas.³¹¹

299 Ibidem, párr. 96.

300 *AFRC Sentencing Judgement*, Brima, Kamara y Kanu, 19 de julio de 2007, párr. 134.

301 *Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171, 27 de septiembre de 2016, párr. 100.

302 *Prosecutor v Jean Kambanda*, ICTR 97-23-S, 4 de septiembre de 1998, párrs. 50-56.

303 Combs n.106, p97.

304 Regla 145(2)(a)(ii), y también Regla 223(d) para la reducción de la pena o la puesta en libertad anticipada.

305 Véase también la Sección 47(3)(a)(ii) de las Reglas de la Judicatura (Tribunal Superior) (División de Delitos Internacionales), 2015.

306 Barbora Holá, Alette Smeulers y Catrien Bijleveld, *International Sentencing Facts and Figures Sentencing Practice at the ICTY and ICTR*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 411-439, p433.

307 Véase *Prosecutor v. Paul Bisengimana*, causa N° 00-60-T, fallo del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, 13 de abril de 2006, párr. 125.

308 *Bemba*, ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016, párr. 72.

309 *Al Mahdi*, ICC-01/12-01-01/15-171, párr. 105.

310 *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3484, párrafo 117.

311 Véase *Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al.*, causa N° ICTR-98-41-T, párr. 2273.

95. En el caso *Katanga* en la Corte Penal Internacional, el condenado proporcionó un vídeo grabado en el que pedía disculpas a las víctimas de la masacre de Bogoro, como parte de una evaluación para reducir su condena. Sin embargo, las víctimas que participaron en el caso rechazaron sus disculpas. Aunque el abogado defensor se reunió con las víctimas en Bogoro para discutir la disculpa y la reducción de la pena, las víctimas siguieron descontentas, con algunas sintiendo que la reunión las traumatizaba aún más. Entre las víctimas se tenía la sensación de que la disculpa del Sr. Katanga no era sincera y no habría sido posible sin que se viera beneficiado de una sentencia reducida. El representante legal de las víctimas presentó además el testimonio de un líder de la comunidad de Bogoro sobre la solución tradicional de las disputas entre los Hema,

“Según nuestra costumbre, cuando hay un conflicto entre dos personas, éstas pueden sentarse a discutirlo; lo primero que hacemos es tratar de enmendarlo. La segunda etapa es reunir a la gente para tratar de encontrar una solución. En lo que respecta a Katanga, es como si estuviera invirtiendo el proceso. Personalmente, no estoy de acuerdo con este abordaje al revés. La gente debería primero sentarse, arreglar las cosas y luego disculparse. Si alguien ha sido herido, la herida debe ser tratada y, una vez que la persona está curada, se puede buscar el perdón.”³¹²

Como resultado, a pesar de que el Sr. Katanga propuso reunirse con las víctimas para ofrecerles una disculpa personal, su iniciativa fue rechazada por ser insuficiente para beneficiar a las víctimas.³¹³

96. Del mismo modo, en el caso de *Al Mahdi*, el condenado se declaró culpable y pidió disculpas a las víctimas y a la comunidad de Tombuctú por la destrucción del sitio del Patrimonio Mundial.³¹⁴ También exhortó a los demás a no participar en la destrucción de bienes culturales y prometió no volver a cometer atrocidades.³¹⁵ Sin embargo, las víctimas consideraron que era insuficiente. Mientras que algunos estaban dispuestos a aceptar la disculpa, ya que el perdón es un principio del Islam, a otros les preocupaba que no pudieran perdonar al Sr. Al Mahdi sólo con base en sus palabras. Este grupo necesitaba hechos y estaban inquietos que al aceptar su disculpa debieran renunciar a sus reclamaciones de reparación.³¹⁶ Como declaró su representante legal, “Las disculpas por sí solas, por muy sinceras que sean, no pueden reparar el daño sufrido y permitir que las víctimas regresen a sus vidas anteriores y recuperen su dignidad”.³¹⁷ A pesar de estas intervenciones, el Tribunal sostuvo que la disculpa del Sr. Al Mahdi era un “importante” factor atenuante.³¹⁸

97. En comparación con el caso 001 en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, si bien Kaing Guek Eav se disculpó públicamente y expresó su remordimiento a las víctimas, las Salas determinaron que se había visto socavada por el hecho de que no había ofrecido una admisión plena e inequívoca de su responsabilidad, en particular porque había solicitado la absolución en su declaración final, cosa que se consideró

312 Legal Representative's observations on the reduction of sentence of Germain Katanga, 18 de septiembre de 2015, ICC-01/04-01/07-3597-tENG, párr. 54.

313 Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3615, 13 de noviembre de 2015, párrs. 91-103.

314 Transcripción de la audiencia, 22 de agosto de 2016, ICC-01/12-01/15-T-4-Red-ENG, página 8, líneas 13-16.

315 *Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 27 de septiembre de 2016, párrs. 103-104.

316 *Al Mahdi*, Public redacted version of “Submissions of the Legal Representative of Victims on the principles and forms of the right to reparation” dated 2 December 2016 (ICC-01/12-01-01/15-190-Conf), 3 de enero 2017, párrs.43-46.

317 Ibidem, párr. 45.

318 *Al Mahdi*, ICC-01/12-01-01/15-171, párr. 105.

como una disminución de su remordimiento.³¹⁹ En el caso 002/01, Nuon Chea se disculpó ante el público y las víctimas, pero el Tribunal consideró que su acto se vio socavado por “su incapacidad de aceptar la responsabilidad de sus propios delitos”, ya que minimizó su propia responsabilidad por la falta de control del Jemer Rojo sobre los “traidores” que cometieron los crímenes de lesa humanidad y el genocidio por los que fue condenado.³²⁰ En consecuencia, se considera que una serie de conductas de los acusados, en particular al contribuir a la paz y a las necesidades de las víctimas, es una respuesta suficiente y proporcionada para reducir las penas por delitos internacionales. Sin embargo, la falta de reconocimiento de la responsabilidad parece ser un motivo claro para especificar la proporción de penas en las sentencias. Cuestiones similares se tienen en cuenta en la concesión de ciertas amnistías e indultos en las sociedades post-conflicto.

Amnistía e indultos

98. La amnistía extingue o impide la responsabilidad penal y civil, mientras que el indulto pone fin a la “ejecución de una pena, aunque en otros aspectos los efectos de la condena siguen vigentes”.³²¹ Los indultos se consideran más aceptables, por ser prerrogativa del ejecutivo y tras la declaración de culpabilidad y condena de una persona, siempre que se hagan por motivos justificados.³²² Para el CICR, la amnistía era una forma de “fomentar gestos de reconciliación que puedan contribuir a restablecer las relaciones normales en la vida de una nación dividida”.³²³ El artículo 6(5) del Protocolo Adicional II, al tiempo que proporciona una amplia amnistía a quienes participan en las hostilidades, ha sido limitado recientemente por los tribunales regionales³²⁴ y nacionales para excluir los crímenes internacionales que van más allá del acto de rebelión o de librar una guerra.³²⁵

99. Los tribunales regionales de derechos humanos han desarrollado un cuerpo de jurisprudencia en torno a la permisibilidad de las amnistías en el cumplimiento de los objetivos nacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que las obligaciones de enjuiciar y castigar a las personas pueden, excepcionalmente, dejarse de lado para un “proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas”.³²⁶ En particular, ha declarado que,

“incluso en ámbitos tan fundamentales de la protección de los derechos humanos como el derecho a la vida, el Estado está justificado para promulgar, en el contexto de su política penal, las leyes de amnistía que considere necesarias, con la condición, sin embargo, de que se mantenga un equilibrio entre los

intereses legítimos del Estado y los intereses de los miembros individuales del público”.³²⁷

100. Las amnistías generales se consideran problemáticas y violan el derecho internacional de los derechos humanos, no sólo en la medida en que permiten la impunidad, sino también en la forma en que niegan el derecho de las víctimas a un recurso efectivo.³²⁸ Esto también ha sido reconocido por las ECCC.³²⁹ La Corte Interamericana tiene una larga jurisprudencia sobre estos temas.³³⁰ Recientemente, en relación con la Ley de amnistía ugandesa de 2000, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos declaró que los Estados,

“deben garantizar que dichas amnistías cumplan tanto con las condiciones de procedimiento como con las de fondo. En términos de procedimiento, las amnistías condicionales deben formularse con la participación de las comunidades afectadas, incluidos los grupos de víctimas. En términos sustantivos, las amnistías no deben excluir totalmente el derecho de las víctimas a interponer recursos, en particular los que consisten en obtener la verdad y la reparación. También deberían facilitar una medida de reconciliación con los perpetradores que reconocen su responsabilidad y con las víctimas que reciben una audiencia y un reconocimiento por las violaciones que sufrieron”.³³¹

101. Como tal, este tipo de actuaciones alrededor del castigo deben asegurar que haya una investigación efectiva que pueda conducir a la identificación de los responsables, alguna forma de rendición de cuentas de esas personas y reparaciones apropiadas y adecuadas a las víctimas. Con ello se pretende garantizar que la sociedad conozca los hechos de lo sucedido y evitar que se produzcan, o que se dé la impresión de que el Estado tolera o es cómplice en tales actos ilícitos.³³²

102. El Acuerdo de Paz de Juba entre el Ejército de Resistencia del Señor (LRA, por sus siglas en inglés) y el gobierno ugandés estipulaba una serie de mecanismos de rendición de cuentas para abordar el conflicto. Los combatientes de menor rango estarían sujetos a la justicia tradicional y las fuerzas estatales serían juzgadas a través de los mecanismos de rendición de cuentas existentes. Para los sospechosos de alto rango del Ejército de Resistencia del Señor, se propuso un sistema de cooperación ante la División de Delitos Internacionales, en el aquellos que hicieran una confesión, revelaran información u otra información pertinente se beneficiarían a la hora de la imposición de la pena.³³³ La cooperación para proporcionar información pertinente habría incluido la conducta de la persona durante el conflicto, detalles que ayuden a determinar la suerte de las personas desaparecidas durante el conflicto, la ubicación

319 Sus declaraciones de disculpas se combinaron en un documento y se utilizaron como una forma de reparación simbólica por parte de la Corte a petición de las partes civiles, pero la sala rechazó que las declaraciones de las víctimas siguieran a sus disculpas. Sentencia, Expediente/Dossier No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010, párrs. 610 y 668.

320 Caso 002/01, Sentencia, 7 de agosto de 2014, párrs. 1092 a 1093.

321 AP II 1987 Comentario, pág. 4617.

322 Véase *Lexa vs. Eslovaquia* (solicitud N° 54334/00), 23 de diciembre de 2008, párrs. 88 a 95; y *Zimbabwe Human Rights NGO Forum vs. Zimbabwe*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación N° 245/02, 15 de mayo de 2006, párrs. 196 a 198.

323 AP II 1987 Comentario, pág. 4618.

324 *Caso Masacre de El Mozote y Lugares Aldeaños vs. El Salvador*, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos (ser. c) No. 252/83 (2012), párr. 285.

325 B.M. Katureebe, *Uganda v. Kwoyelo*, (Apelación Constitucional No. 01 de 2012)[2015] UGSC 5 (8 de abril de 2015), p62.

326 *Margus vs. Croacia*, 2014, párr. 139. Véase también *Ould Dah vs. Francia*, App no 13113/03 (TEDH, 17 de marzo de 2009).

327 *Tarbuk vs. Croacia*, App no. 31360/10, 11 de diciembre de 2012, párr. 50. Véase también *Dujardin y otros vs. Francia*, App. No. 16734/90; 72 D.R. 236.

328 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum vs. Zimbabwe*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación 245/02, 15 de mayo de 2006, párr. 215; *Mouvement ivoirien des droits humains (MIDH) vs. Cote d'Ivoire*, comunicación 246/02, 29 de julio de 2008, párr. 98; y *Thomas Kwoyelo vs. Uganda*, comunicación 431/12, 17 de octubre de 2018, párr. 291-293.

329 *Decision on leng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne Bis In Idem and Amnesty and Pardon)*, Expediente/Dossier No. 002/19-09-2007/ECCCfC, 3 de noviembre de 2011, párr. 54.

330 *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia, Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Ser. c) No 83, (2001); *Caso La Cantuta v. Perú*, Sentencia, Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Ser. c) No. 162 (2006); *Caso Gomes Lund v. Brasil* Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ser. c No. 219 (2010); *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia, Fondo y Reparaciones, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Ser. c) No. 221 (2011); y *Caso Masacre de El Mozote y Lugares Aldeaños vs. El Salvador*, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos (ser. c) No. 252/83 (2012).

331 *Thomas Kwoyelo vs. Uganda*, 431/12 Comunicación, 17 de octubre de 2018, párr. 293.

332 *Jelić v. Croacia*, Application no. 57856/11, 12 June 2014, para.94.

333 Cláusulas 3.5-3.6 del Acuerdo sobre Responsabilidad y Reconciliación, 29 de junio de 2007.

de minas terrestres u otras municiones sin detonar, y cualquier otra información pertinente.³³⁴ Las personas que cooperaban podrían haber esperado beneficiarse de las penas y sanciones alternativas, que tenían como objetivo,

reflejar la gravedad de los crímenes o violaciones; promover la reconciliación entre individuos y dentro de las comunidades; promover la rehabilitación de los delincuentes; tener en cuenta las admisiones de un individuo u otro tipo de cooperación en los procedimientos; y exigir a los perpetradores que ofrezcan reparaciones a las víctimas.³³⁵

103. Del mismo modo, en la República Centroafricana, el Tribunal Penal Especial para los autores de crímenes internacionales de alto nivel cuenta con el apoyo de una comisión de justicia, verdad, reparación y reconciliación con ramas a nivel local. Su misión es identificar e investigar los crímenes y abusos, divididos en dos categorías: "aquellos cuyos autores deben ser llevados ante la justicia; [y aquellos] que pueden ser objeto de reparaciones mediante el pago de indemnizaciones o el cumplimiento de servicios comunitarios, con el fin de promover un espíritu de contrición y reconciliación intercomunitaria".³³⁶ Cabe señalar que en Uganda el acuerdo de paz se desmoronó, por lo que no se planteó la cuestión de las sanciones alternativas, y en la República Centroafricana la violencia continúa. Los sospechosos en ambos contextos son trasladados a la Corte Penal Internacional.
104. Las amnistías y la mitigación de la sentencia se han utilizado en varios contextos para incentivar a los excombatientes y a los perpetradores a cumplir los objetivos políticos más amplios de la transición.³³⁷ La Comisión para la Reconciliación de la Verdad y las Reparaciones de Gambia puede proporcionar una amnistía a quienes se presenten ante ella y hacen una "revelación completa" y expresan "remordimiento por sus actos o conducta".³³⁸ Esta amnistía excluye a quienes estuvieron involucrados en actos que formaban parte de un crimen de lesa humanidad.³³⁹ Se pretende que los comparecientes que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, aunque no puedan acogerse a una amnistía, puedan beneficiarse de penas reducidas cuando cooperen.³⁴⁰ En Sudáfrica, la amnistía y el intercambio de la verdad por parte de los autores de graves violaciones de los derechos humanos con el fin de facilitar la labor de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación no los eximían de su responsabilidad moral en tales violaciones para evitar que reescriban la historia o "amordazar la verdad".³⁴¹
105. Los indultos también pueden desempeñar un papel importante para incentivar a las personas a expresar remordimientos o contribuir a reparar el daño causado a las víctimas. Este tema está ganando cada vez más atención en la Corte Penal Internacional³⁴² y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en relación con la liberación del ex presidente peruano Fujimori. En cuanto a la liberación de Fujimori en Perú por razones humanitarias, la Corte Interamericana de Derechos

334 Cláusula 15 del anexo del Acuerdo sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación, 19 de febrero de 2008.

335 Cláusula 6.4 del Acuerdo sobre Responsabilidad y Reconciliación, 29 de junio de 2007.

336 Pacto Republicano por la Paz, la Reconciliación Nacional y la Reconstrucción en la República Centroafricana, p4.

337 Mallinder n.96, p160-163.

338 Sección 19(1), Ley de la Comisión de la Verdad, Reconciliación y Reparaciones de 2017.

339 Sección 19(3).

340 Informe de misión de la delegación de Agja-Wayamo a Gambia: Satisfacer las expectativas en el camino hacia la justicia: Achieving Accountability in The Gambia, The Africa Group for Justice and Accountability (Agja) y The Wayamo Foundation, pág. 11.

341 *Citizen v. McBride*, Caso CCT 23/10, Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, [2011] ZACC 11.

342 En los casos de Simone Gbagbo en Costa de Marfil y Saif Gaddafi en Libia.

Humanos declaró que los castigos no pueden ser afectados indebidamente ni convertidos en ilusorios, dado que son parte integral del derecho de las víctimas a la justicia.³⁴³ Cuando se reducen las penas por violaciones graves de los derechos humanos, la reducción debe ser una que sea lo menos restrictiva posible para el derecho de las víctimas a la justicia, y que se aplique en casos extremos y para una necesidad imperante (como la atención médica de emergencia).³⁴⁴ Una vez más, se trata de una cuestión de proporcionalidad en lograr el objetivo público general, por ejemplo, la puesta en libertad por razones médicas para un mejor tratamiento, es menos restrictiva del derecho de las víctimas a la justicia que la extinción de una sentencia mediante el indulto.³⁴⁵ Dicho esto, el ejecutivo tiene la facultad discrecional de mostrar misericordia en el castigo, sujeto a la supervisión judicial, basándose en el derecho penal internacional sobre la mitigación de la pena y la libertad anticipada, el pago de indemnizaciones civiles, el esclarecimiento de la verdad, el reconocimiento de la gravedad de los delitos que han cometido, su rehabilitación y el efecto de su liberación en la sociedad y en las víctimas.³⁴⁶ Junto con las amnistías y la reducción de penas, los indultos y otras medidas se consideran cada vez más legítimos, siempre que existan límites legales claros en cuanto a su alcance y condicionalidad. En otras palabras, siempre que exista un interés público legítimo (reconciliación, reparación a las víctimas) y se permita la investigación y el reconocimiento de la responsabilidad, las penas alternativas pueden elaborarse con arreglo al derecho internacional mientras que no sean amnistías generales o indultos en interés propio.

Sanciones alternativas, reparaciones y rendición de cuentas

106. Las reparaciones son medidas para remediar y aliviar el sufrimiento de las víctimas, pero también cumplen una función expresiva al reconocer el daño de las víctimas como ilícito y obligar a los responsables a reparar su daño.³⁴⁷ Para las víctimas, esa rendición de cuentas se manifiesta identificando a las partes responsables, exigiéndoles que rindan cuentas de sus actos, emitiendo un fallo sobre su responsabilidad y exigiéndoles que proporcionen reparaciones.³⁴⁸ Asignar la responsabilidad de la reparación a los perpetradores, ya sean individuales, estatales u organizativos, puede cumplir una importante función psicológica ya que las víctimas pueden dirigir adecuadamente la culpa hacia quienes cometieron

343 *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Obligación de Investigar, Juzgar y, de Ser el Caso, Sancionar, Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, 30 de mayo de 2018, párr.47.

344 *Ibidem*, párr. 53.

345 *Ibidem*, párrs. 53 y 56.

346 *Ibidem*, párr. 57.

347 Combs n.106, p19.

348 *Prosecutor v Thomas Lubanga*, Decision Establishing the Principles and Procedures to be applied to Reparations, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párr. 179.

la atrocidad en su contra y aliviar sus propios sentimientos de culpabilidad.³⁴⁹ Las reparaciones realizadas por el perpetrador responsable también pueden ayudar a simbolizar su compromiso de remediar el pasado y de rendir cuentas por sus acciones. Sin embargo, la indemnización pagada a la víctima sin reconocimiento de responsabilidad puede considerarse como una perpetuación de la impunidad al “comprar” su silencio. Las sanciones alternativas a menudo no son ampliamente apoyadas por el público, ya que “no expresan una condena tan dramática e inequívoca como el encarcelamiento”.³⁵⁰ Por lo tanto, la responsabilidad de las reparaciones distingue esas medidas de la caridad o la asistencia humanitaria al lograr alguna forma de rendición de cuentas.³⁵¹

107. La responsabilidad en el derecho internacional ha sido tradicionalmente competencia de los Estados. Sin embargo, el aumento de los conflictos armados no internacionales y de los grupos armados no estatales que controlan un territorio determinado ha significado que esos grupos pueden actuar como autoridades *de facto* en la zona bajo su control. Esto ha dado lugar a ciertas obligaciones en materia de derechos humanos en circunstancias particulares, incluida la obligación de remediar las violaciones graves de los derechos humanos y derecho internacional humanitario.³⁵² La rendición de cuentas puede entenderse en términos generales como la limitación del poder, pero puede definirse en términos estrictos como su “operacionalización”, con características comunes, entre otras,

(1) hay una persona o institución que es susceptible de responder por sus decisiones, acciones u omisiones; (2) hay una persona o institución que está facultada para hacer rendir cuentas al responsable de la toma de decisiones; (3) hay un proceso mediante el cual el responsable de la toma de decisiones está obligado a revelar y explicar su decisión; y (4) hay un proceso de seguimiento de la aplicación de la ley, en el que el actor responsable de la rendición de cuentas puede imponer sanciones a los responsables de la toma de decisiones que hayan violado sus obligaciones.”.³⁵³

108. Hacer rendir cuentas a los individuos más responsables de las acciones del grupo en la comisión de crímenes internacionales es una “ficción legal”, especialmente cuando tales crímenes se llevan a cabo sobre una base colectiva con participación individual profundamente conformista o cómplice.³⁵⁴ Los miembros de un grupo armado están de acuerdo con los principios, propósitos o metas del grupo. Sin el grupo, no estarían de acuerdo con tales acciones por sí mismos en una sociedad normal. Además, como miembros de un grupo armado que expresan su aprobación de la acción de la organización y se benefician de la pertenencia al grupo, deben ser colectivamente responsables de los actos del grupo y contribuir en la medida de lo posible al “costo” de la reparación. El comportamiento colectivo de los miembros de una organización refleja la presión colectiva, la organización y la cultura a través de la disciplina y las órdenes. Estos condicionan a los individuos a actuar colectivamente

349 Brandon Hamber, *Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition*, en P. de Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations*, (Oxford University Press 2006) 560-588, p.566.

350 Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?* *University of Chicago Law Review* 63(2) (1996), 591-653, p.592.

351 Ver Moffett n.30, p147-150.

352 Véase el Principio 15, Principios Básicos de las Naciones Unidas 2005.

353 Louise Mallinder y Kieran McEvoy, *Rethinking amnesties: atrocity, accountability and impunity in post-conflict societies*, *Contemporary Social Science: Journal of the Academy of Social Sciences*, 6(1)(2011), 107-128, p109-111.

354 Drumbl n.10, p24; y Erin Kelly, *Reparative Justice*, en T. Isaacs y R. Vernon (eds), *Accountability for Collective Wrongdoing*, (Cambridge University Press 2011) 193-209, p. 201.

como un grupo armado, prestándose así a la responsabilidad organizativa y la búsqueda colectiva de reparaciones de los miembros de un grupo, en lugar de sólo individuos por separado.³⁵⁵ Imponer la responsabilidad colectiva a los miembros de una organización no es un castigo colectivo,³⁵⁶ sino el reconocimiento de que los miembros tienen la obligación de reparar el daño del que son responsables o enfrentarse a un proceso penal individual. Como tales, las reparaciones y las contribuciones de los excombatientes a las mismas no pretenden ser punitivas, sino un intento de reequilibrar el daño causado.³⁵⁷

109. Por ejemplo, un gran coche bomba explotó en Omagh en el oeste de Irlanda del Norte en 1998, matando a 29 civiles y a dos gemelos no nacidos. Aunque todavía no se ha procesado a ninguna persona por este atentado, algunas de las familias de las víctimas entablaron un litigio civil contra los republicanos disidentes que identificaron como responsables. En 2009, la Corte Suprema de Belfast confirmó su demanda contra cuatro individuos, incluyendo a Liam Campbell, un alto dirigente del Real IRA, quien fue considerado representante del Consejo del Ejército RIRA que había sancionado el bombardeo, y les ordenó que hicieran reparaciones.³⁵⁸ Por lo tanto, el tribunal no sólo responsabilizó a los individuos que llevaron a cabo el atentado, sino también a los que comandaban la organización, lo que refleja que este tipo de atrocidad no es un acto de individuos, sino un esfuerzo organizado y concertado de un grupo armado que involucra a diferentes actores responsables. En cuanto a las víctimas que solicitan una indemnización, se espera que sus esfuerzos garanticen algún tipo de rendición de cuentas y disuadan a esos grupos de cometer actos de violencia en el futuro.³⁵⁹ En otros contextos, los grupos armados han acordado ofrecer reparaciones como parte de un acuerdo de paz y procesos de justicia transicional.³⁶⁰

Reparaciones en los órganos de justicia penal internacional

110. Desde la creación de la Corte Penal Internacional, se han concedido reparaciones en contra de los condenados. Como se discutió en la sección anterior, la provisión de reparaciones a las víctimas se considera un factor atenuante en las sentencias de la justicia penal internacional. En la CPI, la Corte tiene la facultad discrecional de imponer una multa a los condenados, así como reparaciones.³⁶¹ Hasta la fecha, esto sólo se ha ordenado contra el Sr. Bemba por su condena por manipulación de testigos. Las reparaciones sólo han sido otorgadas en tres casos en la Corte, con todos los condenados siendo considerados indigentes, lo que significa que su contribución financiera se posterga hacia el futuro. Además, y la inseguridad actual y su encarcelamiento les ha impedido a los condenados contribuir directamente con medidas simbólicas para las víctimas. En el caso *Lubanga*, el Tribunal se negó a ordenar una indemnización debido a su falta de recursos financieros, pero

355 Jann K. Kleffner, *The collective accountability of organized armed groups for system crimes*, en H. Wilt y A. Nollkaemper (eds.) *System criminality in international law*, (Cambridge University Press 2009) 238-269, p.244.

356 Drumbl n.10, p25.

357 Kleffner n.355, p.265.

358 *Breslin & Ors contra Seamus McKenna & Ors*[2009] NIQB 50, párrs. 83-86

359 Las familias esperaban que el litigio fuera “un vehículo para poner a disposición del público toda la información posible sobre el atentado y los hombres que, según ellos, estaban involucrados”. *Real IRA founder loses Omagh civil case appeal*, *The Guardian*, 7 de julio de 2011.

360 Por ejemplo, en Uganda, en virtud de las cláusulas 6.4, 8.1 y 9 del Acuerdo de Paz de Juba sobre Responsabilidad y Reconciliación, de 29 de junio de 2007.

361 Artículo 77(2)(a), Estatuto de Roma.

también porque tal concesión para víctimas que eran niños soldados puede causar resentimiento en la comunidad y tensiones sociales.³⁶² Aunque inicialmente otorgó reparaciones al nivel de la comunidad para las comunidades afectadas, éstas fueron rechazadas posteriormente en apelación debido a que las reparaciones tenían que estar dirigidas a las víctimas perjudicadas por los crímenes por los cuales el acusado es condenado.³⁶³ En cambio, la Sala aprobó el siguiente plan del Fondo Fiduciario para la implementación de reparaciones colectivas, que incluía medidas simbólicas de construcción de centros comunitarios y un programa móvil para reducir el estigma y la discriminación contra los ex niños soldados, junto con medidas colectivas basadas en acceso a servicios para la rehabilitación material y psicológica, la formación profesional y las actividades generadoras de ingresos.³⁶⁴

111. En el subsiguiente caso de *Katanga*, las víctimas de una masacre en Bogoro, Ituri (RDC) exigieron medidas monetarias para aliviar su sufrimiento y rechazaron medidas simbólicas colectivas tales como disculpas y memoriales por ser inadecuadas, inútiles o tener el potencial de causar disturbios.³⁶⁵ En cambio, la Cámara otorgó 250 dólares a las víctimas, como una forma de proporcionar un “reconocimiento personal y simbólico” y ayudarlas a recuperar su “autosuficiencia y a tomar decisiones por sí mismas sobre la base de sus necesidades”.³⁶⁶ La Corte también aprobó el plan de ejecución del Fondo Fiduciario para la prestación de servicios tales como asistencia para la vivienda, asistencia educativa, actividades generadoras de ingresos y rehabilitación psicológica a las víctimas.³⁶⁷ Al igual que en el caso de *Al Mahdi*, relativo a la destrucción del sitio del patrimonio mundial de Tombuctú, las víctimas rechazaron las medidas simbólicas propuestas por el Fondo Fiduciario para la memorialización, el uso de la disculpa por parte del Sr. Al Mahdi y la re-santificación de los edificios, por considerarlas inapropiadas.³⁶⁸ Teniendo en cuenta estas preocupaciones, la Corte aprobó la implementación del plan de desarrollo económico del Fondo Fiduciario, incluida la indemnización a las víctimas directamente afectadas.³⁶⁹
112. Los organismos internacionales de justicia penal han utilizado cada vez más el lenguaje de las reparaciones “colectivas”, que a menudo está ausente en la conceptualización y funcionamiento de muchos programas nacionales de reparación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Principios Básicos de la ONU sobre Reparaciones de 2005.³⁷⁰ Sobre el terreno, las víctimas no pueden distinguir entre reparación colectiva y asistencia cuando se prestan en la misma forma, es decir, en forma de premios monetarios o de desarrollo colectivo. Las reparaciones tienen un fuerte componente simbólico que las introduce en la “política de reconocimiento” de quien es visto como merecedor de una reparación reconocida

362 ICC-01/04-01/06/06-2904, párr. 231; e ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, párr. 67(ii).

363 *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2904, párr. 274; e ICC-01/04-01/06-3129, 03-03-2015, párr. 214.

364 Order approving the proposed plan of the Trust Fund for Victims in relation to symbolic collective reparations, 21 de octubre de 2016, ICC-01/04-01/06-3251; y Order approving the proposed programmatic framework for collective service-based reparations submitted by the Trust Fund for Victims, 6 de abril de 2017, ICC-01/04-01/06-3289.

365 ICC-01/04-01/07-3728-tENG, párr. 301.

366 ICC-01/04-01/07-3728-tENG 17-08-2017, párr. 285.

367 ICC-01/04-01/07-3728-tENG, párrs. 302-304.

368 ICC-01/12-01-01/15-291-Red2, párrs. 157-167.

369 Decision on the Updated Implementation Plan from the Trust Fund for Victims, ICC-01/12-01/15-324-Red, 4 de marzo de 2019.

370 Ver algunas excepciones *Caso Masacres de Ituango v. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas Legales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2006, párrs. 354 y 397; y ICTJ, Rapport de la Conférence de Rabat, Le Concept et Les Défis Des Réparations Collectives, febrero de 2009.

públicamente.³⁷¹ Contreras-Garduño sugiere que las reparaciones colectivas deben ser complementadas con medidas simbólicas, tales como disculpas y memoriales, para vincular más claramente tales reparaciones a una medida de justicia.³⁷² Como tal, las reparaciones colectivas deben ser cuidadosamente elaboradas para asegurar que estén “dirigidas a conferir reconocimiento oficial a las víctimas, y a ayudar a restaurar la dignidad y preservar la memoria colectiva”.³⁷³

113. Las reparaciones colectivas tienen por objeto proporcionar “beneficios conferidos a los colectivos a fin de reparar el daño colectivo que se ha causado como consecuencia de una violación del derecho internacional”.³⁷⁴ Esto refleja que con los crímenes internacionales el daño no se limita a los individuos, sino que causa daño colectivo, ya que se comete de manera discriminatoria o a través de ataques indiscriminados contra grupos o poblaciones civiles, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.³⁷⁵ El daño individual necesario está vinculado al daño colectivo, debido a la pertenencia de las víctimas al grupo.³⁷⁶ La CPI en *Katanga* definió las reparaciones a un colectivo que se debe entender como “un grupo o categoría de personas [que] puede estar vinculado por una identidad o experiencia compartida, pero también por la victimización a fuerza de la misma violación o el mismo crimen dentro de la jurisdicción de la Corte”.³⁷⁷ Junto con las medidas de satisfacción, estas medidas de reparación colectiva pueden reivindicar el ‘estatus moral’ de las víctimas, como seres humanos que han sufrido un daño ilícito, que no merecían, enviando importantes mensajes morales sobre la ilicitud de su continuo sufrimiento. Las reparaciones colectivas y morales pueden proporcionar un reconocimiento a los grupos de víctimas de su realidad vivida, pero también tienen un valor social al reafirmar el ordenamiento jurídico y despertar la conciencia pública acerca de dicha victimización para evitar que ésta se repita.³⁷⁸
114. La Corte Penal Internacional es única en comparación con otros órganos penales internacionales, ya que se creó un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas que estuvo recaudado fondos durante varios años antes de que se adoptara una decisión sobre las reparaciones. Las Cámaras Extraordinarias Africanas (CAE) ordenaron una indemnización de USD 139 millones contra el condenado en la causa Hissène Habré, pero como no se había identificado ninguno de sus bienes, se ha establecido un fondo fiduciario para indemnizar a las víctimas.³⁷⁹ El tribunal rechazó las reparaciones colectivas y simbólicas por carecer de especificidad en cuanto a su costo, ubicación y funcionamiento del programa. Además, como las CAE no tienen jurisdicción sobre el Chad, no pueden considerar a este país responsable ni ordenar que aplique medidas colectivas. En procedimientos internos contra 20 de los asociados de Habré

371 Peter J. Dixon, Reparations and the Politics of Recognition, en C. Stahn, C. de Vos y S. Kendall (eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, (CUP 2015), 326-351.

372 Diana Contreras-Garduño, Defining Beneficiaries of Collective Reparations: The experience of the IACtHR, *Amsterdam Law Forum* 4(3) (2012) 40-57, p48.

373 Duch, Sala de Primera Instancia de las salas de Camboya, sentencia, expediente 001/18-07-2007/ECCC/TC, E188, 26 de julio de 2010, párr. 661.

374 Friedrich Rosenfeld, Reparación colectiva para las víctimas de conflictos armados, *Revista Internacional de la Cruz Roja* 92(879), septiembre de 2010, 731-746, p732.

375 Moffett n.30, p11-12.

376 Christoph Sperfeldt, Reparaciones colectivas en las salas especiales de los tribunales de Camboya, *International Criminal Law Review* 12 (2012) 457-489, p472-475.

377 ICC-01/04-01/07-3728-tENG 17-08-2017, párr. 274.

378 Luke Moffett, Transitional Justice and Reparations, en C. Lawther, L. Moffett y D. Jacobs (eds.), *Research Handbook on Transitional Justice* Edward Elgar, (2017), 377-400.

379 *The Prosecutor v. Hissène Habré*, Appeals Chamber of the Extraordinary African Chambers, dispositif, p225-227.

en Chad, un tribunal concedió USD 125 millones tras su condena por tortura, incluida la confiscación de sus bienes, y la responsabilidad a medias del Estado, debido a la posición oficial de la persona condenada en el momento de las violaciones. El fondo fiduciario establecido por la Unión Africana en 2018 tiene por objeto facilitar la indemnización mediante la identificación de los bienes robados por Habré y sus cuadros, así como la contribución de los donantes, pero también tiene facultades para conceder reparaciones colectivas y morales en colaboración con el Gobierno del Chad, así como con otros Estados, organizaciones intergubernamentales y grupos de la sociedad civil.³⁸⁰ Un grupo de partes civiles (AVCRHH) había solicitado a la cámara que el 30% de los fondos designados para la indemnización se utilizara para financiar reparaciones colectivas en beneficio de las comunidades afectadas por los crímenes. Estas medidas incluían proyectos de desarrollo generadores de ingresos, la creación de monumentos en memoria de las víctimas, la conmemoración del 30 de mayo como día de la lucha contra la impunidad, la inclusión de material educativo en los programas escolares y la creación de servicios de formación socio-profesional para las víctimas indirectas, y mujeres y niños víctimas.³⁸¹

115. En las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya se excluyen explícitamente las indemnizaciones u otras medidas monetarias de reparación, permitiendo únicamente las solicitudes de medidas "colectivas y morales".³⁸² Como tal, el propósito de tales reparaciones ante las ECCC es "reconocer el daño" sufrido por las víctimas comparecientes ante la Corte como resultado de un crimen, el acusado es condenado y "proporcionar beneficios" que atiendan su daño.³⁸³ Este estrecho alcance de las reparaciones refleja la situación legal y política en la que operan las ECCC, ya que no cuentan con un fondo fiduciario, tienen millones de víctimas potenciales y no tienen jurisdicción sobre el gobierno camboyano para hacer cumplir la implementación.³⁸⁴ En el caso 001 contra Kaing Guek Eav (alias *Duch*), relativo al lugar de tortura de S-21, el Tribunal sólo concedió reparaciones que incluyen una declaración de que todas las partes civiles admitidas en el caso habían sufrido daños como resultado de los crímenes de Duch, junto con una recopilación de todas las declaraciones de disculpa y reconocimiento hechas por él durante el juicio.³⁸⁵ En el caso 002/01 contra los dos líderes más antiguos de los Jemeres Rojos, Nuon Chea y Khieu Samphan, el caso se centró en crímenes contra la humanidad relacionados con el desplazamiento forzado de civiles y la ejecución de soldados. Las ECCC aprobaron en el caso 002/01 once de las trece medidas propuestas, que iban desde un día nacional de recuerdo de las víctimas, terapia psicológica y grupos de autoayuda, la inclusión de material sobre los Jemeres Rojos en el programa de estudios nacional, la publicación de la sentencia y la inclusión de los nombres de las partes civiles en el sitio web de las ECCC.³⁸⁶ Estas medidas fueron apoyadas por las ECCC ya que habían recibido fondos de los donantes para que proporcionaran "apoyo a las víctimas, mantener viva su memoria, reconocer su sufrimiento y despertar la conciencia pública para evitar

380 Artículo 7(c)-(d) del Estatuto del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes de Hissène Habré, EX/1040(XXXI). Véase Nader Diab, Challenges in the Implementation of the Reparation Award against Hissène Habré: Can the Spell of Unenforceable Awards across the Globe be Broken? *Journal of International Criminal Justice*, 16(1) (2018) 141-163.

381 Judgment on Reparations, Hissène Habré, EAC, First Instance Chamber, 29 de julio de 2016, párrs. 59-68. Véase Diab *ibíd.*, págs. 144-145.

382 Reglamento Interno 23 quinquies.

383 Regla interna 23 quinquies 1(a)-(b).

384 Renée Jeffery, Beyond Repair? Collective and Moral Reparations at the Khmer Rouge Tribunal, *Journal of Human Rights* 13(1) (2014) 103-119.

385 Sentencia de primera instancia, párrs. 682 a 683.

386 Sentencia de 7 de agosto de 2014, párrs. 1126 a 1162.

la repetición de actos como los que ocurrieron".³⁸⁷ Dos medidas sobre la creación de monumentos públicos en Camboya y París no fueron aprobadas porque no recibieron financiación. Las partes civiles en el Caso 001 habían propuesto un día nacional de recordación, pero el Tribunal lo rechazó porque requería la acción del Estado, que sólo consintió en el Caso 002/01 donde no se necesitaba financiación para su implementación.

116. El Caso 002/02 contra Nuon Chea y Khieu Samphan examinó una categoría más amplia de crímenes que incluía el genocidio contra los Cham y las comunidades étnicas vietnamitas en Camboya, el matrimonio forzado y la violación, las ejecuciones, la tortura y las desapariciones forzadas. Los co-abogados principal propusieron 18 proyectos de reparación que abarcaban desde el apoyo a la salud mental, la educación jurídica y civil para los grupos minoritarios, un concurso de escritura de canciones, la producción de bailes sobre el matrimonio forzado y una exposición de fotografías sobre el genocidio de los Cham y los vietnamitas étnicos.³⁸⁸ Las ECCC se negaron a aprobar cinco proyectos porque no habían recibido fondos de los donantes. En particular, las ECCC rechazaron parte del Proyecto 13 que incluía el apoyo a la salud mental y el apoyo a los medios de subsistencia de las partes civiles de edad avanzada, dado que la última parte parecía una reparación monetaria, más que medidas colectivas y morales. El Proyecto 15, que implica el reconocimiento de la discriminación y la persecución de las minorías indígenas en las provincias de Ratanakiri y Mondulakiri, fue rechazado porque los imputados no fueron acusados ni condenados por esos delitos.³⁸⁹ Como tal, el proceso de reparación de las ECCC es un medio para que los programas financiados por donantes reciban aprobación oficial para proyectos específicos que buscan atender algunas de las necesidades de las víctimas, pero sin un programa nacional de reparación las medidas no remedian adecuadamente su daño. Por ejemplo, a los vietnamitas étnicos se les siguen negando sus derechos como ciudadanos, lo que hace que muchos vivan en aldeas flotantes en el río Tonlé Sap, ya que no pueden poseer tierras legalmente ni enviar a sus hijos a la escuela. Debido a la controversia entre otras partes civiles que querían excluir a los vietnamitas étnicos de las ECCC, sus reparaciones se diluyeron desde asistencia a obtener la ciudadanía a educación legal y cívica. Del mismo modo, la comunidad Cham, cuyo líder religioso fue asesinado y decenas de miles de sus miembros exterminados durante el genocidio, perdió parte de su patrimonio cultural, quería becas educativas para que la próxima generación pudiera volver a conectarse con su legado cultural. En lugar de ello, antes de las ECCC, se les concedió una exposición fotográfica y actividades de sensibilización.³⁹⁰

117. En última instancia, el desafío de las reparaciones ante los organismos internacionales de justicia penal es que están tratando con una justicia asimétrica, en el sentido de que consideran a los individuos responsables de crímenes que afectaron a miles de víctimas, sin recurrir al Estado o a otras organizaciones responsables para que apoyen tales medidas de reparación dentro de un gran esquema administrativo. También refleja que los organismos internacionales de justicia penal no pueden proporcionar reparaciones integrales como los programas administrativos estatales, ya que carecen de los recursos y la capacidad necesarios. Sin embargo, estos tribunales pueden proporcionar una forma de reparación, al menos en su mínima expresión, de las medidas que reconocen y tratan de remediar el daño moral sufrido

387 Sentencia de 7 de agosto de 2014, párr. 1164.

388 Véase Civil Party Lead Co-Lawyers' Final Claim for Reparation in Case 002/02, E457/6/2/2/1 30 de mayo de 2017.

389 Véase el fallo sumario del juicio.

390 Ver Rachel Killeen y Luke Moffett, What's in a name? The Discourse and Practice of Reparations at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, (forthcoming 2019).

por las víctimas. Dicho esto, está surgiendo la práctica de que los excombatientes, en particular los antiguos grupos armados no estatales, proporcionen reparaciones, no como castigo, sino por medio de incentivos para contribuir voluntariamente a la reparación de los daños causados a las víctimas.

Víctimas políticas complejas

118. El último aspecto que queremos abordar en este informe es la de las “víctimas políticas complejas”, es decir, aquellas víctimas que simultáneamente o sucesivamente experimentaron daños y participaron en sistemas de opresión y violencia política.³⁹¹ Una advertencia es esencial. Argumentar por el reconocimiento de identidades complejas no implica una colectivización de la culpa o sugerir que todos los perpetradores son víctimas o viceversa. Además, no se pretende negar la condición de víctima de las personas, especialmente porque los discursos que culpan y silencian a las víctimas son a menudo decisivos para la violencia política.³⁹² Sin embargo, es necesario reconocer la desordenada realidad del conflicto, en la que las identidades individuales no se pueden acomodar perfectamente en categorías estrictas de “víctimas inocentes” y “perpetradores culpables”. El ex vicepresidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, Alex Boraine, se refiere a este punto:

Pensar que los perpetradores son víctimas no es condonar sus acciones o sus hechos, ni tampoco es apartarse de las muchas víctimas cuyas vidas destruyeron con sus actividades. Es simplemente tratar de entender algo desde la ambigüedad, desde las contradicciones, de la guerra, del conflicto, del prejuicio.³⁹³

119. El sobreviviente del Holocausto Primo Levi ofrece quizás la visión más generosa sobre la complejidad de la victimización, argumentando que incluso en el horror de los campos de concentración, la compleja red de relaciones humanas no siempre puede reducirse a “dos bloques” de víctimas y perseguidores.³⁹⁴ Reflexionando sobre sus y otros esfuerzos “inadecuados” de resistencia durante su estancia en los campos de concentración alemanes, Levi insinúa la convicción de que a través de su “fracaso” en “resistir”, él y sus compañeros detenidos también fueron cómplices de las atrocidades que tuvieron lugar. Al hacerlo, Levi implica a todos los seres humanos en los actos de otros, abarcando no sólo los actos de depravación, sino también la falta de acción para prevenir tales actos:

¿Qué culpa? Cuando todo terminó, surgió la conciencia de que no habíamos hecho nada o no habíamos hecho lo suficiente, en contra del sistema en el que habíamos sido absorbidos... en un plano racional, no debería haber mucho de lo que avergonzarse, pero la vergüenza persistió, sin embargo, especialmente para los pocos ejemplos brillantes de aquellos que tenían la fuerza y la posibilidad de resistir.³⁹⁵

120. Para Erin Baines, el término perpetrador incluye a los transeúntes, colaboradores, informantes, perpetradores forzados, combatientes forzados, víctimas convertidas

en perpetradores y perpetradores convertidos en víctimas.³⁹⁶ El siguiente ejemplo proporciona un camino para entender esta complejidad: “Un estudiante observa a sus padres siendo acosados por la policía secreta; el estudiante se une a grupos de protesta o de lucha por la libertad y luego es arrestado; el estudiante emerge dispuesto a usar tácticas terroristas contra la policía secreta, y activa bombas que matan a civiles”.³⁹⁷ En este ejemplo, el estudiante ha sido víctima, combatiente y transeúnte. Del mismo modo, como señala Claire Moon, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica exigía que los sudafricanos fueran designados como “víctimas” o “perpetradores”, pero con respecto a los perpetradores, no distinguía entre los tipos de actos cometidos, las razones por las que se cometieron, sus consecuencias o su contexto, o entre los individuos que cometieron un solo acto y aquellos cuya operación y propósito era la comisión de tales actos.³⁹⁸ Algunos de los que se presentaron ante la CVR no pudieron ser acomodados fácilmente dentro de estas categorías de ‘víctima’ y ‘perpetrador’. Una figura controvertida (Robert McBride) que solicitó y recibió amnistía por sus acciones durante la lucha de liberación (incluyendo la colocación de una bomba en un bar, que causó la muerte de tres personas y heridas a otras 69) declaró que él también había sido víctima del régimen del Apartheid blanco y que fue su determinación de enfrentarse a ese sistema lo que lo llevó a participar en la lucha armada.³⁹⁹

121. El ejemplo más obvio de perpetradores que también pueden ser considerados como víctimas son los niños soldados y las mujeres combatientes.⁴⁰⁰ La utilización de niños soldados, es decir, de niños menores de 15 años reclutados o alistados en grupos armados o utilizados para participar activamente en las hostilidades, es omnipresente. Por ejemplo, entre 30.000 y 60.000 niños fueron secuestrados para llenar las filas del Ejército de Resistencia del Señor de Uganda, mientras que se calcula que 7.500 niños fueron reclutados por todas las partes en el conflicto colombiano: las organizaciones guerrilleras, los militares y los grupos paramilitares alineados con el Estado. Al escribir sobre los niños soldados en el Ejército de Resistencia del Señor, Baines señala que los niños soldados se ven obligados a tomar “decisiones sin elección” para navegar por terrenos complejos y violentos, pero que, al mismo tiempo, dejan cicatrices emocionales y físicas como resultado de su secuestro, cautiverio y los daños que perpetraron.⁴⁰¹ Del mismo modo, en Sudáfrica, es discutible que los jóvenes soldados y policías afrikaner puedan ser vistos como víctimas de una sociedad militarizada, autoritaria y masculinizada, en la que se les obligó a pasar por un sistema de cadete en la escuela, se les reclutó en el Ejército y se les sometió a una propaganda estatal diaria.⁴⁰² En tales contextos, la cuestión de la agencia del perpetrador y el papel de los factores estructurales más amplios deben ser considerados al investigar las cuestiones de la victimización.

391 Erica Bouris, *Víctimas Políticas Complejas*. (Bloomfield, CT: Kumarian 2007).

392 Julie Bernath, ‘Complex Political Victims’ in the Aftermath of Mass Atrocity: Reflections on the Khmer Rouge Tribunal in Cambodia, *International Journal of Transitional Justice*, 10(1) (2016) 44-66.

393 Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, (Oxford University Press 2000).

394 Primo Levi, *The Drowned and the Saved*, (Abacus 1986) p23.

395 Ibid. p56-57.

396 Erin Baines, *Spirits and Social Reconstruction after Mass Violence: Rethinking Transitional Justice*, *African Affairs*, 109(436) (2010) 409-430.

397 Minow n.2, p63.

398 Claire Moon, *Healing past violence: traumatic assumptions and therapeutic interventions in war and reconciliation*, *Journal of Human Rights*, 8(1) (2009) 71-91.

399 Ver McEvoy y McConnachie n.156; y Du Bois-Pendain n.86, p213.

400 Véase, por ejemplo, el ejemplo: Kirsten Fisher, *Transitional Justice for Child Soldiers: Accountability and Social Reconstruction in Post-Conflict Contexts*. Basingstoke: Palgrave Macmillan (2013); Seema Shekhawat, *Female Combatants in Conflict and Peace: Challenging Gender in Violence and Post-Conflict Reintegration*. Basingstoke: Palgrave Macmillan (2015).

401 Erin Baines, *Complex Political Perpetrators: Reflections on Dominic Ongwen*, *The Journal of Modern African Studies*, 47(2) 162-191; y *Una guerra sin edad* (Centro Nacional de Memoria Histórica 2017) p. 15.

402 Tristan A. Borer, *A Taxonomy of Victims and Perpetrators: Human Rights and Reconciliation in South Africa*, *Human Rights Quarterly*, 25(4) (2003) 1088-1116.

122. En otros casos, la compleja identidad de las víctimas y los perpetradores se refiere a personas que son miembros de grupos armados, paramilitares, o terroristas no estatales, o de fuerzas estatales que cometen abusos contra los derechos humanos, pero que también han sido víctimas⁴⁰³ de delitos internacionales identificables, como desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, tortura, lesiones graves o malos tratos causados por otros actores.⁴⁰⁴ La circularidad de estas afirmaciones - de personas que se ven envueltas en la violencia debido a su propia experiencia de violencia o la de sus comunidades - ha sido un estribillo constante repetido a uno de los autores en literalmente cientos de entrevistas con combatientes y excombatientes a lo largo de los años. Del mismo modo, muchos excombatientes siguen sufriendo como resultado de sus historias militarizadas y su participación en conflictos violentos.⁴⁰⁵ Las fuentes de trauma entre los excombatientes en Sudáfrica incluyen el maltrato de los reclutas de la Fuerza de Defensa de Sudáfrica (SADF) en entrenamiento; las condiciones bajo las cuales los miembros de Umkhonto we Sizwe (MK) vivían en el exilio; la paranoia resultante de una cultura de infiltración; el hostigamiento de las fuerzas de seguridad del gobierno a las familias de los luchadores por la liberación y las consecuencias de presenciar y participar en actos violentos.⁴⁰⁶ En Irlanda del Norte, el 45,3% de los excombatientes republicanos y lealistas han sufrido lesiones físicas moderadas o graves, mientras que el 53,1% han sufrido daños psicológicos.⁴⁰⁷ La misma encuesta reveló que el 68,8% de los encuestados tenían niveles peligrosos de abuso de alcohol, mientras que el 32,6% había recibido medicamentos recetados para la depresión el año anterior, una tasa de prevalencia que es cinco veces mayor que la media de Irlanda del Norte para los hombres.⁴⁰⁸ Dado que al menos 15.000 personas fueron encarceladas durante el conflicto, no se puede subestimar el efecto del pasado no resuelto en las personas y el efecto en las familias ampliadas.⁴⁰⁹ Como explica Bouris, “reconocer a estos perpetradores como víctimas es bastante crítico, porque si no los vemos como víctimas, es poco probable que entendamos el verdadero horror d[el contexto]”.⁴¹⁰

Contribución de los excombatientes y las organizaciones

123. Existe una práctica cada vez más extendida de que los excombatientes pueden hacer una contribución útil para garantizar la paz y ayudar a los mecanismos de justicia de transición. Su papel no es sólo instrumental en estos mecanismos, sino que los excombatientes pueden rehabilitar su imagen no sólo como luchadores, sino como ciudadanos que tratan de enmendar los errores del pasado. A su vez, esto puede ayudar en cierta medida a reintegrarlos y resocializarlos en la sociedad mediante sus actos públicos. Vale la pena tener en cuenta que estas personas no son

403 También hay matices de gris entre el “voluntariado” para unirse a los grupos armados o el hecho de verse obligados física o económicamente a hacerlo.

404 Luke Moffett, Reparations for ‘Guilty Victims’: Navigating Complex Identities of Victim-Perpetrators in Reparation Mechanisms, *International Journal of Transitional Justice*, 10(1) (2016) 146-167.

405 Sasha Gear, Wishing Us Away Challenges Facing Ex-Combatants in the ‘New’ South Africa, *Violence and Transition Series*, 8, (Centre for the Study of Violence and Reconciliation 2002).

406 Ibidem.

407 Ruth Jamieson, Peter Shirlow y Adrian Grounds, *Ageing and Social Exclusion among Former Politically Motivated Prisoners in Northern Ireland*. (Changing Age Partnership 2010).

408 Ibidem.

409 Cheryl Lawther, Haunting and Transitional Justice: On Lives, Landscapes and Unresolved Pasts in Northern Ireland, in K. Wale, P. Gobodo-Madikizela, y J. Prager, (eds.). *Hauntings postconflicto: Transforming Collective Memories of Historical Trauma*. (Palgrave. De próxima publicación 2019).

410 Bouris n.392, p67.

simplemente perpetradores o combatientes, sino que pueden ser representantes, líderes y mediadores en sus propias comunidades. Para algunos, los excombatientes son defensores de las comunidades discriminadas o marginadas, e incluso víctimas ellos mismos. En Nepal entrevistamos a varios ex niños soldados que se unieron a la guerrilla maoísta después de que sus familiares fueran desaparecidos por el Ejército, y en Uganda y Guatemala, a civiles que han sido secuestrados y obligados a unirse a grupos armados y paramilitares.

124. En otras partes hay experiencias de excombatientes que hacen contribuciones importantes a las reparaciones. En Filipinas, la Comisión de Justicia Transicional y Reconciliación Bangsamoro recomendó que el Ejército y la Policía Nacional del país contribuyeran a la reparación simbólica, pidiendo disculpas formales por su papel en la violación de los derechos humanos y del derecho humanitario y proporcionando “reparaciones materiales”, incluyendo “la reconstrucción de viviendas, mezquitas, madrasas y otras infraestructuras comunitarias en las comunidades bangsamoro afectadas”. La Comisión también recomendó que los archivos de dichas organizaciones fueran accesibles y estuvieran protegidos por las fuerzas de seguridad pública.⁴¹¹

125. La contribución de los bienes por parte de los excombatientes a las reparaciones puede mandar una señal simbólica para compensar el costo de las reparaciones proporcionadas por el Estado a todas las víctimas, pero es probable que los bienes restantes dentro de un grupo se hayan reducido sustancialmente durante el conflicto. En las Islas Salomón, aunque la amnistía excluía los crímenes internacionales, estaba condicionada a que las personas devolvieran “todas las armas y municiones y los bienes robados” en posesión de los grupos militantes.⁴¹² En Sierra Leona, el apoyo de subsistencia a los excombatientes para ayudarles a reintegrarse, intercambiando armas por una indemnización, se percibió como una ayuda especial a quienes habían luchado en la guerra, cosa que se contraponía al necesario reconocimiento del sufrimiento de las víctimas. Tal comprensión inhibe la reconciliación y la reintegración y significa que algunos grupos vulnerables de mujeres y niños siguen dependiendo de los antiguos comandantes, lo que refuerza su lealtad e impide su regreso a las comunidades locales.⁴¹³

126. Si bien existe cierta práctica de incautación de activos de presuntos criminales de guerra internacionales, se requiere un equipo de investigadores, la cooperación de otros Estados y contables forenses para identificar, congelar y decomisar esos recursos.⁴¹⁴ ¿Durante cuánto tiempo deben imponerse y equilibrarse esas obligaciones con la reintegración del excombatiente y su capacidad para mantenerse a sí mismo y a su familia? Esta cuestión se ha planteado en la Corte Penal Internacional, donde los jueces en el caso *Katanga* dictaminaron que la imposición a largo plazo de una deuda a un condenado se basa en su obligación de reparar el daño causado, más no consideraciones relacionadas al castigo o su reintegración en la sociedad.⁴¹⁵ Sin embargo, en la decisión posterior en *Al Mahdi*, la Sala reconoció que las circunstancias financieras del Sr. Al Mahdi afectaban a la implementación

411 Report of the Transitional Justice and Reconciliation Commission Bangsamoro, (2016), p87.

412 Artículo 3(3) de la Ley de amnistía de 2001. Véase también la amnistía en la sección 5 de la Ley de Desmantelamiento de Armas de Irlanda del Norte de 1997,

413 W. Andy Knight Disarmament, Demobilization, and Reintegration and Post-Conflict Peacebuilding in Africa: An Overview, *African Security*, 1(1) (2008), 24-52, p42.

414 Tres de las personas condenadas ante la Corte Penal Internacional han sido declaradas indigentes. Véase también el caso *Kenyatta*, Decision on the implementation of the request to freeze assets, ICC-01/09-02/11-931, 8 de julio de 2014. Hasta la fecha sólo hay 25 sentencias firmes resultantes de los procedimientos de la Ley 975/2005 de Colombia y se han pagado sólo 13 indemnizaciones.

415 ICC-01/04-01/07/07-3778-Red, 9 de marzo de 2018, párrs. 178 a 186.

de la sentencia, como por ejemplo en cuanto a la introducción de los plazos, pero no quería “imponer dificultades” que le impidieran “reintegrarse en la sociedad tras su liberación”.⁴¹⁶ En última instancia, el Estado tiene la responsabilidad subsidiaria ante todas las víctimas de reparar las graves violaciones de los derechos humanos, independientemente de quién sea el actor responsable, permitiéndoles a los grupos armados no estatales indemnizar al Estado.⁴¹⁷

127. Las reparaciones no siempre tienen que ser financieras, especialmente cuando los grupos armados son desmovilizados y desarmados. Los excombatientes y sus organizaciones pueden enviar importantes mensajes expresivos a las víctimas y a la sociedad reconociendo su papel en la violencia del pasado y expresando remordimiento. Los reconocimientos de responsabilidad deben ser sinceros y genuinos, los que son apresurados o las declaraciones de responsabilidad de rutina pueden “hacer que los sobrevivientes sientan que las reparaciones están siendo utilizadas para comprar su silencio y poner fin a su búsqueda continua de la verdad y la justicia”.⁴¹⁸ Las disculpas pueden distinguirse de los reconocimientos de responsabilidad por su arrepenida formulación y por los gestos que hacen al respecto.⁴¹⁹ Hay una serie de factores que pueden hacer que una disculpa tenga éxito en el sentido de que satisface principalmente a las víctimas: puntualidad, declaraciones explícitas de disculpa y arrepentimiento, aceptación de la responsabilidad personal, evitar la introducción de explicaciones o excusas ofensivas, sinceridad, voluntad de reparar y promesas de evitar futuras transgresiones.⁴²⁰ Como se discutió anteriormente en relación con las disculpas presentadas ante la CPI y las ECCC, tales medidas son vistas a menudo como insuficientes o prematuras cuando no vienen acompañadas de otras medidas de reparación para las víctimas. Por lo tanto, las disculpas y el reconocimiento de la responsabilidad pueden transmitir mensajes simbólicos de reconocimiento de la ilicitud del sufrimiento de las víctimas, pero es necesario que se presenten en el momento oportuno y se elaboren adecuadamente. Cuando las disculpas provienen de excombatientes, también pueden contribuir a un cambio dentro de su propia comunidad política para que reflexionen sobre sus propias acciones y la justificación del pasado y la violencia. La participación de las víctimas en el desarrollo de lo que una disculpa debe incluir en términos de lenguaje y alcance puede ayudar a hacerla más efectiva y significativa, pero tal proceso tendrá que ser cuidadosamente diseñado para que no aliene a los antiguos camaradas o comunidades de apoyo.
128. Los excombatientes también pueden desempeñar un papel importante en la aclaración de los hechos ya que en la confusión de la guerra la información puede ser tergiversada, malinterpretada o mal percibida. En Irlanda del Norte, republicanos y lealistas han llevado a cabo investigaciones internas de los asesinatos para determinar y esclarecer los hechos. En algunos casos, tales investigaciones han dado lugar a disculpas, especialmente para aquellos identificados como informantes.⁴²¹ La garantía de inmunidad para los testigos, conocida como *use immunity*, que no

416 ICC-01/12-01-01/15-236, párr. 114.

417 Principio 15 y 16, Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre Reparación 2005.

418 Brandon Hamber y Richard Wilson, Symbolic closure through memory, reparation and revenge in post-conflict societies, *Journal of Human Rights*, 1(1) (2002), 35-53, p46.

419 Federico Lenzerini, Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives (OUP 2008), p119.

420 Véase C. Ancarno, >Press Representations of Successful Public Apologies in Britain and France, >3 *University of Reading Language Studies Working Papers* (2011) 38; J. B. Hatch, Race and Reconciliation: Redressing Wounds of Injustice (Lexington Books 2010), p189; M.R. Marrus, 'Official apologies and the quest for historical justice' 6 *Journal of Human Rights* (2007) 75; N Tavuchis, *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation*, (Stanford University Press 1991), p17; y M. Cunningham, Saying sorry: the politics of apology, 70 *The Political Quarterly* (1999) 285.

421 Ver Dudai n.74.

permite el uso de declaraciones orales o escritas en procedimientos penales o civiles subsiguientes, se ha utilizado en varias investigaciones públicas, como la masacre del Domingo Sangriento. Esto permitió a los miembros de las fuerzas estatales y del IRA hablar sobre su propia participación en los acontecimientos que precedieron y siguieron a la masacre.⁴²² Del mismo modo, en el caso de las personas cuya solicitud de amnistía fue rechazada por la CVR sudafricana, su revelación no se utilizó en su contra en ningún proceso futuro.⁴²³ Como se ha comentado anteriormente en relación con Irlanda del Norte, los excombatientes han proporcionado información clave, lo que ha facilitado la recuperación de algunos de los “desaparecidos”.

129. La representación legal puede ayudar a los excombatientes a rellenar los formularios pertinentes y a comprender sus derechos. La experiencia de la Comisión de Amnistía de la CVR sudafricana mostró que las solicitudes de amnistía presentadas eran muy escasas, debido a que la mayoría de ellos no podían costear la representación legal o, en el caso de los que sí tenían apoyo legal, porque el representante quería que su cliente divulgara la menor cantidad de información posible.⁴²⁴ La dependencia del personal jurídico para actuar como jueces, abogados y defensores en los procedimientos del comité de amnistía los convirtió en gran medida en un “modelo de sala de audiencia”, marginando a las víctimas, que se convirtieron en “una audiencia en un espectáculo jurídico” entre abogados.⁴²⁵ Los representantes legales de los solicitantes de amnistía actuaron para proteger a sus clientes de la autoincriminación, volviéndose así en “un amortiguador, guardián y guardián del silencio en lo que debería haber sido un espacio para la divulgación abierta y extensa”.⁴²⁶
130. Existe un papel claro para que las organizaciones responsables cooperen en la administración de la clarificación de los hechos proporcionando información corroborante a los investigadores para verificar las declaraciones y la información propiciada por los miembros individuales o las víctimas.⁴²⁷ Esto puede ayudar a minimizar el retraso, pero se pueden hacer necesarios recursos para ayudar a desarrollar la capacidad de la organización para acelerar la recolección de dicha información. La verificación imparcial con fuentes externas a dichas organizaciones también debería utilizarse para corroborar conocimientos sobre los acontecimientos a fin de evitar una versión unilateral del pasado. Una de las lecciones aprendidas de la experiencia del Comité de Amnistía de la CVR de Sudáfrica es disponer de formularios de solicitud en los que se exija a las personas que proporcionen un resumen narrativo tanto del incidente como de su papel en ello.⁴²⁸ Además, procedimientos indagatorios sólo deben tener lugar cuando los hechos son objeto de controversia entre las partes, lo que permite que los involucrados acuerden presentar pruebas o información en el expediente sin necesidad de una audiencia pública, a fin de agilizar el proceso y reducir al mínimo los costos.⁴²⁹ Los solicitantes de amnistía tenían que hacer una “revelación completa” para ser elegibles, y se rechazaba a los que no eran sinceros en un “aspecto material”. Sin embargo, tal revelación completa sólo tenía que basarse en “hechos relevantes” en cuanto a los incidentes planteados

422 Véase Kieran McEvoy, Luke Moffett, Louise Mallinder y Gordon Anthony, The Historical Use of Amnesties, Immunities, and Sentence Reductions in Northern Ireland (Queen's University Belfast March 2015), p11-12.

423 SATRC Vol. 6, p14.

424 Vol. 6, p34.

425 Fullard y Rousseau n.90, p202.

426 *Ibidem*.

427 Ver SATRC, Vol. 6, p35.

428 SATRC, Vol. 6, p87.

429 SATRC, Vol. 6, p89.

en la solicitud de amnistía.⁴³⁰ La dirección del ANC hizo una presentación colectiva que abarcaba a 37 líderes, y aunque su solicitud no detallaba los actos individuales necesarios para la amnistía, fue concedida colectivamente. Esto fue posteriormente duramente criticado como una “amnistía general”.⁴³¹

131. Debería considerarse la forma en que los actores militares o gubernamentales pueden contribuir a las sanciones alternativas, como la pérdida o reducción de los privilegios militares, por ejemplo, contribuyendo con parte de sus pensiones o exenciones fiscales para apoyar a las víctimas. En el caso del ex presidente guatemalteco Ríos Montt, no se le dio un funeral de estado, sino un funeral militar privado. Aunque esto no formaba parte de la reparación a las víctimas ni de la sanción por su condena por genocidio (aunque posteriormente fue revocada), refleja el uso inapropiado de los fondos estatales para conmemorar a las personas que violaron gravemente los derechos de los ciudadanos.
132. En los procesos en los que los excombatientes han aportado información u otros materiales, la confianza, la paciencia, las expectativas informadas y, en particular, el liderazgo de los excombatientes han sido clave para su éxito. Estos procesos de restaurativos en Irlanda del Norte, discutidos anteriormente, tenían como objetivo maximizar el intercambio de información, el diálogo y el consentimiento mutuo.⁴³² La reintegración y el compromiso de los excombatientes con los mecanismos de justicia de transición deben ser cuidadosamente elaborados. El uso del lenguaje de la rehabilitación, la vergüenza o el castigo por ser combatiente puede resultar incómodo para quienes lucharon por un país mejor o cumplían con su deber como defensores del Estado, y descuida su experiencia de victimización y las causas estructurales de su beligerancia.⁴³³ En cambio, considerarlos como agentes de construcción de la paz puede aprovechar el potencial de los excombatientes para proporcionar liderazgo moral, político y organizativo a los procesos dedicados al pasado, así como “credibilidad, respeto y legitimidad”, al menos dentro de sus propias comunidades políticas.⁴³⁴ La estructura organizativa de un grupo armado significa que los antiguos miembros tienen una experiencia e historia compartidas, con lazos de lealtad y una estructura de mando. Estos vínculos pueden utilizarse para movilizarlos colectivamente y aportar información sobre el pasado, incluida la ubicación de los desaparecidos.⁴³⁵ Esto también corresponde a cuestiones más amplias dentro del desarme, la desmovilización y la reintegración, que los problemas de reintegración no son tan evidentes en las comunidades donde la vergüenza es causada por el papel de un individuo en el conflicto, sino por su afiliación a la facción o grupo de la reputación.⁴³⁶ Por lo tanto, el hecho de que un antiguo grupo armado participe como organización colectiva puede servir no sólo para maximizar su capacidad de cumplir con la desmovilización, sino también para utilizar su membresía para recoger información de forma colectiva dentro de la organización. También puede ayudar a la reincorporación de los excombatientes como delincuentes no comunes, más

430 SATRC, Vol. 6, p10.

431 Louise Mallinder, *Indemnity, Amnesty, Pardon and Prosecution Guidelines in South Africa*, Working Paper No. 2 From Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation, (2009, (2009), p78.

432 McEvoy y Mika n.69, p367.

433 Kieran McEvoy y Peter Shirlow, Re-imagining DDR Ex-combatants, leadership and moral agency in conflict transformation, *Theoretical Criminology* 13(1) (2009) 31-59, p33-34.

434 McEvoy y Shirlow *ibíd.*, pág. 41.

435 Clare D. Dwyer, Expanding DDR: The Transformative Role of Former Prisoners in Community-Based Reintegration in Northern Ireland, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, 2012, 274-295, p283.

436 Macartan Humphreys y Jeremy Weinstein, Demobilization and Reintegration, *Journal of Conflict Resolution* 51(4) (2007) 531-567, p548.

como agentes responsables que aún luchan por mejorar o proteger su sociedad. El liderazgo individual dentro de una organización para catalizar tal comportamiento es clave. Además, dada su posición dentro de su propia comunidad, estos grupos pueden actuar como mediadores estratégicos para minimizar la violencia futura y garantizar la no recurrencia a través de su legitimidad orgánica.

Desafíos

133. Los excombatientes se enfrentan a una serie de problemas en lo que respecta a la participación en los mecanismos centrados en el pasado. Los sentimientos personales de culpa, vergüenza y estigma pueden dificultar su reintegración o la voluntad de hablar abiertamente sobre su pasado. El cambio de identidad de combatiente a civil puede todavía desmitificar nociones continuas de lealtad o vínculos sociales con la organización o el Estado, o tener que enfrentar su justificación subyacente para la violencia en contraste con las consecuencias de su acción y victimización.⁴³⁷ Esto puede ser una masculinidad más complicada, una victimización compleja, o un trauma psicológico continuo y la reapertura de viejas heridas al hablar del pasado. Los excombatientes, que pueden estar dispuestos a hablar sobre su propia participación en el conflicto, pueden ser reacios a implicar a otros. Esto se puso de manifiesto en la investigación de Saville sobre los sucesos de la masacre de 13 civiles el Domingo Sangriento de 1974. Cuando se le pidió que testificara, y a pesar de la concesión de inmunidad de uso, el ex viceprimer ministro del Sinn Fein, Martin McGuinness, y anteriormente segundo al mando del IRA, se refirió a un “código de honor” que le impedía revelar plenamente toda la información que pudiera romper la confianza de los miembros de su organización y de la comunidad que lo apoyaba,

“Siento que no puedo responder a esa pregunta porque hay un código de honor republicano. Las personas que nos habrían permitido usar sus casas, como las dos veces que me han identificado, son personas que habrían depositado una gran fe en los miembros del IRA que estaban usando la casa. Para mí, identificar a quiénes son esas personas sería una traición, en mi opinión... tengo un deber, en mi opinión, que se remonta a 30 años atrás, con esas personas y no estoy dispuesto a romper mi palabra con ellas bajo ninguna circunstancia”.⁴³⁸

Del mismo modo, Miroslav Bralo cooperó con el TPIY en el suministro de información sobre la ubicación de las víctimas desaparecidas que condujo a la recuperación de algunos de sus cuerpos, pero se negó a cooperar con la fiscalía para implicar a otros ex-compañeros por temor a represalias contra su familia.⁴³⁹

134. La confianza es una parte importante de la participación en procesos tan difíciles para enfrentar el pasado. La confianza fue fundamental en la experiencia de Irlanda del Norte en cuanto al papel de los excombatientes en la recuperación de los desaparecidos.⁴⁴⁰ Los excombatientes adquirieron confianza en los comisionados e investigadores de la ICVLR con respecto a los valores que siguieron y cómo los trataron, la naturaleza “silenciosa” del proceso y la provisión de inmunidad judicial. Además, los republicanos recibieron un impulso político para abordar este oscuro capítulo de su pasado, dado que las víctimas procedían de su propia comunidad

437 Véase Cheryl Lawther, The Truth about Loyalty: Emotions, Ex-Combatants and Transitioning from the Past, *International Journal of Transitional Justice*, 11, (2017), 484-504.

438 Testimonio de Martin McGuinness sobre la investigación de Saville, 4 y 5 de noviembre de 2003, disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101103103930/http://report.bloody-sunday-inquiry.org/evidence-index/>

439 Combs n.106, p83-84.

440 Véase Lauren Dempster, *Transitional Justice and the Disappeared of Northern Ireland: Silence, Memory, and the Construction of the Past*, (Routledge 2019).

y sus familias habían sido eficaces en la promoción pública de la acción en torno a las negociaciones de paz.⁴⁴¹ La confianza está vinculada a los resultados esperados de los procesos y a las percepciones de imparcialidad de las leyes, los actores y los procesos que implican.⁴⁴² Cuando se formulan afirmaciones y compromisos poco realistas que no pueden ser cumplidos por una comisión, pueden contribuir a la desconfianza y al abandono por parte de los participantes.⁴⁴³ Esto subraya la importancia de informar a las víctimas desde el principio y a lo largo del proceso sobre la probabilidad de que identificar los restos tome mucho tiempo. También es necesario ser realistas y comunicarles a las víctimas que podría no haber un resultado satisfactorio independientemente de la magnitud de la contribución de los excombatientes.

135. La sinceridad de los excombatientes es otro punto a tener en cuenta cuando participan en esos procesos. En Ruanda, las disculpas ante los tribunales gacaca se juzgaron por lo “completas y sinceras” que eran, que en la práctica apuntaba a la necesidad de que contengan una descripción detallada de los crímenes cometidos, los nombres de las víctimas, los cómplices, las ubicaciones y, en su caso, los bienes dañados. Los jueces locales determinaron cuán completa era una disculpa por su sinceridad y hasta qué punto correspondía a la verdad presentada por todos los participantes involucrados en el incidente.⁴⁴⁴ La CPI ha sostenido que a las meras expresiones de “simpatía o compasión genuina por las víctimas” se les debe dar menos peso en la mitigación que a una expresión de remordimiento.⁴⁴⁵ El TPIY juzgó la sinceridad de las declaraciones de remordimiento y de disculpa con base “no sólo [en] las declaraciones del acusado sino también su comportamiento (entrega voluntaria, declaración de culpabilidad)”.⁴⁴⁶ Este no es un proceso infalible, como puede verse en el caso de la ex presidenta de la República Srpska, Biljana Plavšić, quien recibió una sentencia atenuada de 11 años después de su condena por crímenes de lesa humanidad por contribuir a la reconciliación local con una disculpa, hacer una admisión arrepentida y su impacto positivo en el proceso de reconciliación.⁴⁴⁷ Ella declaró: “Me sacrificué. No he hecho nada malo. Me declaré culpable de crímenes contra la humanidad para poder negociar los otros cargos [de genocidio]”.⁴⁴⁸ Señaló que su lado no hizo nada malo durante el conflicto y que las víctimas se merecían lo que recibieron.⁴⁴⁹ La condicionalidad de esas penas reducidas o penas alternativas a la renuncia a la violencia, junto con la supervisión de su cumplimiento después de la puesta en libertad, puede ayudar a mitigar esas situaciones.

441 Véase Lauren Dempster, «Quiet» Transitional Justice: «Publicness», Trust and Legitimacy in the Search for the «Disappeared», *Social and Legal Studies* (2019).

442 Morton Deutsch, Trust and Suspicion, *Journal of Conflict Resolution*, 2(4), (1958), 265-279.

443 QUB Human Rights Centre, Addressing the Legacy of Northern Ireland's Past: The Human Rights Dimension, octubre de 2018, p15-16.

444 Penal Reform International, ocho años después... A Record of Gacaca Monitoring in Rwanda (2010), pág. 35.

445 Katanga, ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, párrafo 117.

446 *Blaškić*, Trial Judgement, IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 775.

447 *The Prosecutor v. Biljana Plavšić*, Sentencing Judgment, IT-00-39&40/1-S, (27 de febrero de 2003), párrs. 71-81.

448 Jelena Subotic, The Cruelty of False Remorse: Biljana Plavšić en La Haya, 36 *Southeastern Europe* (2012) 39-51, p48.

449 S. Dana, The Limits of Judicial Idealism: Should the International Criminal Court Engage with Consequentialist Aspirations, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, (2014), p.98-99.

Monitoreo de Sanciones y Reintegración

136. En Irlanda del Norte, la puesta en libertad anticipada de los presos fue una cuestión clave en las negociaciones de paz y el acuerdo de 1998.⁴⁵⁰ En virtud de la ley posterior, una persona que forme parte de un grupo armado no estatal (organización prescrita) y que haya sido condenada por un delito enumerado en la lista puede obtener una reducción de la pena de dos años, incluido cuando se trata el asesinato, las lesiones corporales graves y la violación. La reducción de la pena no exime a la persona de su responsabilidad penal y no elimina sus antecedentes penales.⁴⁵¹ En cambio, su sentencia se suspenderá a menos que incumplan las condiciones de su puesta en libertad. Estas consideraciones para la puesta en libertad se centraban en que los solicitantes, al salir de la cárcel, no eran partidarios o era poco probable que se volvieran partidarios de una organización específica que se oponía al proceso de paz (es decir, a la cesación del fuego y al desmantelamiento); era poco probable que participaran en actos de terrorismo relacionados con los asuntos de Irlanda del Norte; o que, si se trataba de un recluso condenado a cadena perpetua, constituirían un peligro para el público.⁴⁵² Este proceso ha sido muy exitoso, con 488 prisioneros liberados y sólo 23 devueltos a prisión en un período de 20 años.⁴⁵³ Esto refleja la naturaleza política y la motivación de dicha violencia, pero también el papel de las organizaciones en la transformación de sus miembros del conflicto a la paz. La policía local y la fiscalía se encargaron de vigilar los casos en que las personas comparecían ante ellos por cargos o en los tribunales, y el grupo encargado de la reducción de la pena sólo tuvo que reunirse para determinar los nuevos casos a medida que éstos se iban presentando. A pesar de ello, las personas puestas en libertad en virtud de ese plan y otros ex reclusos siguen enfrentándose a obstáculos para conseguir empleo que les permita reintegrarse plenamente a la sociedad como civiles.⁴⁵⁴

450 En el Reino Unido - Northern Ireland (Sentences) Act 1998; y en la República de Irlanda - Criminal Justice (Release of Prisoners) Act 1998.

451 Véase Kieran McEvoy, Prisoners, the Agreement, and the Political Character of the Northern Ireland Conflict, *Fordham International Law Journal* (1999) 26(1) 145-181.

452 Sección 9 de Northern Ireland (Sentences) Act 1998.

453 Sentence Review Commissioners Annual Report 2017/18, HMSO HC 1241 (2018) p19.

454 Véase OFMDFM, Recruiting People with Conflict Related Convictions: Employers' Guidance (OFMDFM, 2007).

Conclusión - Sanciones alternativas

137. La JEP se encuentra en una posición única para recalibrar la justicia que mediará entre las preocupaciones y necesidades de las víctimas y la responsabilidad de los perpetradores. En el presente informe se ha tratado de poner de relieve algo de la jurisprudencia internacional y nacional y prácticas en materia de respuesta a los crímenes internacionales. No hay respuestas simples o soluciones perfectas a seguir. Sin embargo, hay buenas prácticas y lecciones que aprender, así como obligaciones internacionales para asegurar el derecho de las víctimas y de los perpetradores a dirigir dicho proceso.
138. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional no especifican penas o castigos particulares para los delitos internacionales. Aunque las amnistías generales se consideran generalmente ilegales, las amnistías condicionales son, en principio, aceptables, cuando las personas involucradas contribuyen con información, reparaciones u otros esfuerzos a la reconciliación y la paz. Las sanciones alternativas se sitúan entre el castigo y la amnistía, en el sentido de que garantizan que las personas sean consideradas responsables de sus actos ilícitos en virtud de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho penal internacional, pero su castigo se ve atenuado por el objetivo político general de la reconciliación. En particular, buscan hacer que la justicia pase de ser retributiva a ser más sensible a la hora de hacer realidad los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación. Un tribunal penal nunca puede satisfacer plenamente el derecho de las víctimas a la reparación o a la verdad, por eso necesita ser completado por organismos especializados en el cumplimiento de estos amplios objetivos. No obstante, puede facilitarles los medios a los perpetradores el enfrentarse a su maldad e incentivarlos para que hagan algún tipo de reparación y reconocimiento a las víctimas.

Recomendaciones

Sin plantearse ser exhaustivas, a continuación se presentan algunas recomendaciones indicativas para facilitarle a la JEP el aprendizaje de lecciones útiles de otros contextos:

Justicia reparadora

139. La participación en la justicia restaurativa a nivel de la comunidad puede ayudar a reconstruir el tejido social en cuanto la resolución de disputas en el seno de las comunidades, lo que puede ayudar a desarrollar los lazos comunitarios y la resiliencia social. Para las víctimas, puede permitirles una mayor apropiación de los procedimientos. Por un lado, les permite “contar su historia” narrando los acontecimientos en sus propios términos,⁴⁵⁵ en lugar de responder a preguntas en los procedimientos penales, y, por otro, les ofrece la posibilidad de enfrentarse directamente con los responsables. Los conflictos prolongados implican una compleja red de responsabilidad y victimización, creando un proceso que sólo busca mediar entre las víctimas y los perpetradores, y que podría potencialmente descuidar el papel del Estado en la victimización de los perpetradores o las causas estructurales de la violencia. Es necesario prestar atención a la dinámica de género de la violencia y a las respuestas a la misma, a fin de garantizar que las mujeres y las niñas puedan contribuir eficazmente y configurar los procesos en función de sus necesidades e intereses. Asimismo, es necesario reflexionar sobre la manera en que las víctimas y los perpetradores discapacitados o de edad avanzada pueden participar en esos procesos y beneficiarse de ellos.
140. Hay algunas experiencias comunes de desafíos en estos entornos informales que la JEP debería esforzarse por evitar, como por ejemplo: aprehensión de los participantes (tanto víctimas como perpetradores) al ver a los demás participantes,⁴⁵⁶ debido al temor a represalias o a ser falsamente denunciados;⁴⁵⁷ falta de sinceridad; falta de participación por parte de las víctimas por razones estratégicas como compromisos de tiempo o riesgos de seguridad; silencio en el foro público (puede alentar reuniones más privadas);⁴⁵⁸ presión sobre los participantes para que cumplan con las metas externas o estatales del proceso (tales como la reconciliación);⁴⁵⁹ enmarcación selectiva del contexto;⁴⁶⁰ y descuido de la perspectiva de género, los crímenes basados en el género y la violencia sexual.
141. Es importante informar las expectativas y proporcionar cierta seguridad jurídica sobre el enfoque restaurativo de la JEP, pero los límites deben ser claros en cuanto a lo que un proceso puede y no puede proporcionar. Contar con procesos complementarios para atender otras necesidades (como la Unidad de Víctimas y la Comisión de la Verdad (CEV)) y dirigir a los participantes hacia los servicios de apoyo puede ayudar a mejorar la comprensión y la satisfacción. La restauración para las víctimas no se puede proporcionar únicamente por medio de los perpetradores,

455 Sullo n.48, p267.

456 Therese Abrahamsen y Hugo van der Merwe, *Reconciliation through Amnesty? Amnesty Applicants' Views of the South African Truth and Reconciliation Commission (CSVR 2005)*, p9.

457 PRI, *The contribution of the Gacaca jurisdictions to resolving cases arising from the genocide Contributions, limitations and expectations of the post-Gacaca phase*, 2010, p17-18.

458 Fullard y Rosseau n.90, p223.

459 Paul Gready, *The Era of Transitional Justice: The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, (Routledge 2011), p111.

460 En la gacaca la exclusión de facto de los crímenes del FPR. Sullo n.48, p268.

y requiere un programa integral de reparaciones para ofrecer un paquete más completo de recursos a las víctimas. Esto refleja que las reparaciones abarcan una serie de servicios, premios y medidas simbólicas, pero en su extremo minimalista se trata de reconocer oficialmente el daño moral de las víctimas. Del mismo modo, los perpetradores, a través de su participación en un proceso de restauración, necesitarán algún tipo de apoyo financiero o educativo y otros programas de reintegración para apoyar su transición socioeconómica de regreso a la sociedad. Como tales, los procesos de justicia restaurativa pueden proporcionar una interfaz, en un entorno seguro y de apoyo, para que las víctimas, los perpetradores y la comunidad investiguen el pasado.

142. Las prácticas y rituales tradicionales tienen sus raíces culturales en la experiencia e identidad como comunidad de diferentes contextos. El redescubrimiento de las tradiciones, que generalmente se encargan de los delitos menores, puede conllevar el riesgo de que sean usadas por parte de las élites para alcanzar sus objetivos políticos, instrumentalizando a las víctimas y a la comunidad local o socavando su capacidad para participar de manera efectiva o beneficiarse de ellas, debido a su falta de capacidad.⁴⁶¹ Se debe tener cuidado al volver a una forma 'tradicional' o informal de justicia a través de la restauración, evitando que las prácticas indígenas se apropien sin consentimiento o se usen de una manera que extienda insidiosamente el poder estatal de una manera neocolonial. En Colombia existe una variedad de respuestas tradicionales a los crímenes dentro de las comunidades afrocolombianas y los pueblos indígenas. Hay muchos lugares donde el conflicto ocurrió que se vieron afectados por graves violaciones de los derechos humanos donde "la tradición" no existe realmente o se ha visto perturbada por el desplazamiento y la violencia. Las instituciones religiosas pueden desempeñar un papel en la reunión de las partes o en la creación de un espacio neutral para que estas se reúnan en torno a principios comunes de respeto y perdón.
143. La adopción de un enfoque de justicia reparadora puede ayudar a humanizar a los perpetradores y a las víctimas, permitiéndoles participar y desarrollar un sentido de dominio del proceso de transición.⁴⁶² Sin embargo, al abordar las graves violaciones de los derechos humanos o los crímenes internacionales, no se puede olvidar la inhumanidad de la guerra que creó a esas víctimas. De hecho, un proceso de restauración debe ocuparse de la víctima, pero también de reafirmar la ilicitud de esos actos que la victimizó y las causas estructurales más amplias de la violencia que perpetuaron/ siguen perpetuando la violencia. Es valioso reconocer la modesta contribución que un proceso de restauración en el que participen las víctimas y los excombatientes ante la JEP puede tener en cuanto a la paz y al enfrentarse al pasado. Dichos procesos deben coordinarse con otros mecanismos de justicia transicional y, cuando estén disponibles, con procesos e interacciones más allá del Estado. La participación de las víctimas no debe enmarcarse como un mero perdón, sino que puede ser necesario introducirla lentamente o en un proceso por etapas, ya que puede tomar tiempo para que los participantes confíen en el sistema y en los demás.

461 McEvoy y Mallinder n.19, p432.

462 Kieran McEvoy y Lorna McGregor, *Transitional Justice from Below: An Agenda for Research, Policy and Praxis*, en K. McEvoy y L. McGregor (eds.) *Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*, (Hart 2008), p5.

Condenas y penas alternativas

144. De conformidad con los derechos humanos y el derecho penal internacional, las sentencias deben ser proporcionales, y la imposición de una sanción de cinco a ocho años debe estar supeditada al cumplimiento por las personas de su compromiso con la paz y la reconciliación. Aquellas personas que se enfrentarán al umbral más alto de 8 años serán los que sirvieron en posiciones más altas cuando se cometieron crímenes internacionales, reflejando así la gravedad de sus crímenes y su responsabilidad superior. Ya que el daño fue causado colectivamente por diferentes grupos armados y fuerzas armadas, existe la responsabilidad colectiva e individual de reconocer y remediar el daño de las víctimas por parte de la organización y de las personas involucradas.
145. Para los perpetradores individuales, puede valer la pena hacer contribuciones individuales a la verdad y al reconocimiento, tales como testimonios en fechas y eventos particulares, pero también cartas de disculpa o información a las víctimas. Las organizaciones pueden ofrecer una visión más corporativa de la responsabilidad colectiva del grupo, pero también pueden hacer uso de sus estructuras para recopilar información y para que sus cúpulas ofrezcan más disculpas y reconocimientos de responsabilidad. Los conflictos prolongados involucran una red de actores responsables y victimizados. También se debe considerar la posibilidad de que los excombatientes que también han sido víctimas de otros actores busquen algún tipo de remedio. Por ejemplo, se debe considerar si los miembros de las FARC victimizados por el Estado o por su propia organización deben recibir una disculpa o una reparación por parte de los actores responsables ante la JEP, aunque estén excluidos de la reparación a través de la Unidad de Víctimas. Se trata de reparaciones que reafirman la dignidad y los derechos humanos de las personas, independientemente de su origen, incluso para los que pueden haber sido responsables de victimizar a otros. Esto no quiere decir que los miembros victimizados de las FARC deban recibir una compensación, sino que deben recibir alguna forma de reparación simbólica a través de disculpas y reconocimientos de responsabilidad.⁴⁶³ Para que el proceso sea verdaderamente restaurativo, se requiere ver el conflicto más allá de los términos binarios. Si un grupo lleva a cabo la restauración de otro de manera unilateral, se pierde de vista la complejidad de la naturaleza multidireccional de la violencia y el papel del Estado y de la sociedad que permitió y justificó que la violencia se cometiera con impunidad.

Participación de las víctimas

146. En un sistema basado en los fundamentos de la justicia restaurativa, la participación directa e indirecta de las víctimas es esencial para restablecer las relaciones y ayudar a las víctimas y a los perpetradores a seguir adelante. Las víctimas deben comprender y sentir que desempeñan un papel central en este sistema. Esto también puede demostrar respeto y reafirmar la dignidad de las víctimas al tratarlas como titulares de derechos y participantes con un valioso papel en la JEP.
147. Sería importante que la JEP hiciera una lista de las diversas oportunidades que ofrecen sus procedimientos a las víctimas para participar en el proceso, ya sea directamente o a través de sus representantes legales u otros intermediarios. Debe tenerse en cuenta la posibilidad de que las víctimas mejoren la justicia y/o se beneficien de esa participación, y determinar cuáles vías constituyen las mejores oportunidades de participación. La JEP ya contiene varias oportunidades para que las víctimas participen mediante la presentación de informes, el uso de recursos o la asistencia a

463 Ver Moffett n.405.

algunas audiencias. Sin embargo, la participación en tales oportunidades es de una naturaleza diferente. Los informes son redactados por unos pocos y no permiten un contacto directo entre las víctimas y el sistema. Podrían preverse otros medios para presentar información, como grabaciones de audio o vídeos, en particular para las víctimas analfabetas, discapacitadas o de edad avanzada. Las audiencias son más inmediatas y permiten a las víctimas sentirse parte del sistema. Sin embargo, la JEP debería garantizar que las víctimas se sientan parte del proceso de justicia y que se les tome en serio y no como un mecanismo de validación del sistema. La JEP también debería adoptar todas las medidas necesarias para consultar a las víctimas y no para imponer la participación. Se les debe dar la oportunidad de decir si desean participar y se les debe informar sobre lo que pueden esperar de dicho proceso. La participación directa de las víctimas no debe limitarse a comparecer en la audiencia de reconocimiento de responsabilidad (en la Cámara de reconocimiento de responsabilidad) o en la audiencia en la que el Tribunal lee su resolución con sus conclusiones. La participación, en persona, debería preceder a estas audiencias y ayudará a la JEP a adaptar la justicia a las personas más afectadas por estos delitos, mejorando la satisfacción de las víctimas.

148. Hay varias maneras de permitir que las víctimas participen en la JEP. La justicia restaurativa habla de que las partes afectadas se reúnan en un entorno seguro para resolver las consecuencias del delito mediante un acuerdo.⁴⁶⁴ Tal participación en la CPI no ha sido restauradora dado el número de víctimas, la posición de la Corte en La Haya y la participación de las víctimas a través de abogados. Dicho esto, hay lecciones que aprender de la CPI y de la justicia restauradora en términos de participación de las víctimas, por ejemplo respetar la agencia de las víctimas, permitirles elegir cómo quieren ser representadas en la medida de lo posible, ser innovadores en los medios para que contribuyan a la JEP, su participación puede ser escalonado para crear confianza y seguridad que pueda conducir a un compromiso directo con los perpetradores, como cartas escritas, declaraciones grabadas en vídeo, enlaces de vídeo, identidad revelada/ocultada y reuniones individuales con personas de apoyo. La formalidad de la sala de un tribunal puede no ser el mejor espacio para que las víctimas puedan expresar sus opiniones y preocupaciones. En otros contextos, como la Investigación del Abuso Institucional Histórico en Irlanda del Norte, algunas víctimas encontraron que comparecer en un tribunal las ponía nerviosas y no lograban articular efectivamente sus puntos de vista y preocupaciones por esta razón. Por otro lado, el Foro de Reconocimiento, un espacio más informal donde las víctimas podían contar su historia, aunque útil, hacía que algunas víctimas sintieran que estaban siendo infantilizadas en lugar de que se les satisficieran sus derechos. El testimonio de las víctimas puede verse afectado por la malnutrición, que perjudica su memoria, su coherencia y exhaustividad.⁴⁶⁵ Como resultado del trauma, las víctimas pueden tener dificultades para recordar un relato completo y detallado de los acontecimientos.⁴⁶⁶ Esto está relacionado con la discusión anterior sobre justicia procesal, al participar directamente y testificar ante un tribunal, las víctimas necesitan “contar sus historias a un oyente comprometido y recibir reconocimiento formal e informal”.⁴⁶⁷ Por consiguiente, limitar el papel de las víctimas a ser solo testigos que responden a preguntas dificulta la genuina representación de sus opiniones y preocupaciones. Las víctimas deben ser capaces de presentar sus voces en forma

464 Principios 2 y 3, Principios básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia reparadora en materia penal.

465 Ellie Smith, Victims in the Witness Stand: Socio-Cultural and Psychological Challenges in Eliciting Victim Testimony, en K. Tibori-Szabó y M. Hirst (eds.), *Victim Participation in International Criminal Justice*, Asser (2017), 315-340, p319.

466 Ibid, p324.

467 Ibid, p332.

narrativa sin interrupción, antes de que se introduzcan las preguntas. En la medida de lo posible, estas preguntas deben ser presentadas de antemano para aliviar el estrés que puedan sufrir o sentirse “atacadas” a través de un contrainterrogatorio.

149. La JEP debe evitar utilizar o instrumentalizar a las víctimas sin su consentimiento. En particular, las víctimas no deben ser presentadas ante los medios de comunicación para grabar su primera reunión con un perpetrador, ya que la experiencia de la CVR sudafricana muestra que estos encuentros funcionan mejor en privado. El “gran” momento de reconocimiento por parte de una organización responsable debe ser cuidadosamente coreografiado con las víctimas para asegurar que ocurra con su consentimiento y que tenga un beneficio reparador para ellas, y que no se trate sólo de legitimar el trabajo judicial.
150. La participación de las víctimas puede ayudar a determinar si tales medidas serían útiles o no y corregir su uso. Las víctimas deben tener la posibilidad de elegir, y ser capaces de cambiar esto a lo largo del tiempo en la medida de lo posible. Si bien el proceso puede enmarcarse como restaurador, es importante informarlas de sus derechos y de la disponibilidad de servicios, como representación, asesoramiento, protección y apoyo financiero para asistir a las audiencias. La representación debe incluir una serie de opciones, incluso en persona, a través de una organización de víctimas o de la comunidad designada por las víctimas, o de representantes legales. Debería proporcionarse asistencia jurídica para que las víctimas puedan hacer valer sus derechos legales. Un órgano institucional interno, como la Oficina del Defensor Público para las Víctimas en la Corte Penal Internacional, podría proporcionar información general sobre los derechos de las víctimas y dirigir las a las asociaciones de víctimas pertinentes u otros órganos, como los de reparación, y financiar su participación en persona. Proporcionar apoyo financiero para que las víctimas puedan asistir, tanto en términos de transporte como de cuidado de los niños, puede garantizar una mayor participación de los que trabajan y tienen compromisos familiares, a fin de no excluir las voces de las personas humildes o una perspectiva de género.
151. Dado que la JEP tendrá macros casos, y que no todas las víctimas de las atrocidades podrán participar, es muy importante que se tomen medidas importantes a través de la Secretaría Ejecutiva para mantener informadas a todas las demás víctimas y crear espacios en los que también puedan sentir, aunque sea de forma menos directa, que forman parte del proceso. Este es seguramente el caso de las víctimas en el extranjero cuyo acceso al reconocimiento de la responsabilidad de los perpetradores se debe garantizar y sus opiniones en relación con los tipos de *sanciones propias* que podrían imponerse a los perpetradores tomadas en cuenta.
152. La JEP también debería contar con una vía de apoyo psicosocial para las víctimas que deseen participar directamente. Esto debe incluir una persona de apoyo que los acompañe cuando testifiquen o compartan sus puntos de vista y preocupaciones, una reunión informativa antes y después de hacerlo, permitiéndoles tomar descansos cuando sea necesario, y cambiando el formato de la sala para que sea más privado o cómodo (es decir, quitándoles las batas) cuando se trate de víctimas vulnerables, como las víctimas traumatizadas o los niños. Puede ser que las víctimas se sientan más cómodas hablando con el personal dentro de su propia asociación de víctimas, por lo que se debe prever la realización de talleres y capacitación para que los grupos de víctimas desarrollen su capacidad y puedan propiciar tal apoyo psicológico. Idealmente, los asesores y el personal de apoyo psicológico de los grupos de víctimas deberían ser financiados por el Estado para permitir la profesionalización de la prestación de esos servicios. Por otra parte, sería importante supervisar la forma en que las víctimas experimentan la participación y la justicia reparadora en la JEP, realizando encuestas y otras evaluaciones de manera periódica para poder corregir, de manera oportuna, las áreas que las víctimas consideran problemáticas.

Esa vigilancia debe tener en cuenta las expectativas de las víctimas. Al igual que con las reparaciones, la JEP debe gestionar de cerca las expectativas en relación con la participación para asegurar que la comprensión de las víctimas de sus derechos a la participación esté en línea con sus prácticas organizativas.

Principios Estratégicos de Participación y Reparación

153. Para facilitar el seguimiento de la experiencia de las víctimas en el sistema de justicia restaurativa de la JEP, la institución debería establecer principios estratégicos y puntos de referencia según los cuales se puedan diseñar los procesos y medir las experiencias de las víctimas. Estos principios deben ser de carácter general e incluir indicadores orientados tanto a los procesos como a los resultados. Los indicadores de proceso pueden incluir, por ejemplo, principios sobre la divulgación, incluyendo cuándo comunicarse con las víctimas en las diversas etapas de las actuaciones de la JEP; qué tipo de información debe proporcionarse; cuándo consultar con las víctimas sobre diversos aspectos del trabajo de la JEP, incluidas las sanciones alternativas. Los indicadores de proceso también deben incluir cuándo y cómo coordinar con la sociedad civil. Disponer de indicadores y principios tan claros puede ayudar a que las expectativas y la participación de las víctimas en la JEP sea más coherente y clara para ellas y el público en general.
154. Los indicadores de productos y resultados deberían identificar el impacto general que la JEP espera lograr si dichos procesos funcionan según lo previsto. Estos pueden incluir tanto indicadores objetivos, como el número o porcentaje de víctimas que participan en las distintas etapas, como indicadores subjetivos, como el “sentimiento de reparación”, la satisfacción de las víctimas y la gestión satisfactoria de las expectativas. Estos principios facilitarían la supervisión de la labor de la JEP y le ayudarán a rendir cuentas a las distintas partes interesadas, sobre todo a las víctimas del conflicto armado. Estos principios también deberían permitir la coordinación y planificación internas dentro de la organización y entre sus diversas unidades y oficinas y facilitar la identificación pública de “una JEP unida” por parte de las comunidades.

Divulgación hacia la comunidad

155. Para aumentar la conciencia sobre los derechos de las víctimas a la participación y reparación, la JEP debería desarrollar estrategias y mecanismos de divulgación que faciliten su comunicación con las víctimas y las comunidades a nivel territorial. Esto apoyará los procesos organizativos a través de los cuales las víctimas pueden acceder a la JEP y reforzar su papel pedagógico clave dentro del *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición*. Además, el hecho de proporcionar información clara y objetiva sobre sus actividades y los derechos de las víctimas en diversas etapas también será un valioso contrapeso a las narrativas externas que tratan de politizar y/o debilitar la posición de la JEP. Los materiales de divulgación deben ser sencillos y accesibles y proporcionar una comprensión realista del SIVJRR, del lugar que ocupa la JEP, de cómo funciona la JEP como organización y de cómo se organizan sus diversas etapas y procesos, y de cómo pueden acceder a ella las víctimas, sin dejar de tener cuidado de no crear expectativas poco realistas.
156. El compromiso con las víctimas debe ser una “comunicación bidireccional... para realizar actividades interactivas, escuchar a las víctimas y responder a lo que dicen, y tener en cuenta las preocupaciones de las víctimas.”⁴⁶⁸ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos declaró que “las

468 ICC Strategy in Relation to Victims 2009, ICC-ASP/8/45, párr. 22.

consultas nacionales son una forma de diálogo vigoroso y respetuoso en el que se da a las partes consultadas el espacio para expresarse libremente, en un entorno seguro, con miras a dar forma o mejorar el diseño de los programas de justicia de transición”.⁴⁶⁹ Como tales, estas consultas no son ejercicios de relaciones públicas y son distintas de las actividades de divulgación, que tienen por objeto sensibilizar a las comunidades afectadas. Una vez que las instituciones estén legisladas, establecidas y en funcionamiento, es fundamental llegar a las comunidades afectadas. El Secretario General de las Naciones Unidas señala la importancia de la divulgación para asegurar el impacto y la sostenibilidad de las instituciones de justicia de transición, de manera que se entiendan claramente y se comuniquen de manera coherente.⁴⁷⁰ Una consulta eficaz también puede contribuir a la dimensión colectiva del derecho a la verdad para que la sociedad en general, y no tan sólo las víctimas, sea conscientes de las consecuencias del conflicto y de la necesidad de reparar el sufrimiento de los más afectados.⁴⁷¹

157. La inclusión de las víctimas requiere una divulgación eficaz e incluso su identificación y localización, así como la consideración de los que no quieren participar y el impacto que su no participación tendrá en otras víctimas, en la sociedad y en los excombatientes. La combinación de esfuerzos individuales y colectivos para involucrar y proporcionar información a las víctimas y a otros organismos como la comisión de la verdad, junto con el servicio comunitario, puede ayudar a cerrar esta brecha.

Coordinación y asociaciones

158. La JEP debe establecer procesos y principios de coordinación interna, así como aprovechar plenamente su lugar dentro del *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición* (SIVJRRR) a través de una coordinación regular y sistemática con las instituciones del SIVJRRR, en menor medida, con las instituciones de la política general de víctimas en Colombia. La implementación simultánea de los procesos de justicia, verdad y reparación en Colombia a través de diferentes instituciones estatales le otorga un lugar único en la historia de los procesos de justicia transicional. La naturaleza integral del sistema presenta la oportunidad de ofrecer a los colombianos una experiencia holística de las múltiples dimensiones de la “caja de herramientas” de la justicia transicional. Al mismo tiempo, presenta el riesgo de una aplicación descoordinada y ad hoc a nivel territorial. No se debe esperar que las víctimas entiendan por sí mismas las diversas identidades institucionales y realidades organizativas de las diferentes partes del sistema, sino que se les debe presentar una respuesta holística y coordinada, en la medida de lo posible. Esto requerirá coordinación a múltiples niveles. Por ejemplo, la coordinación *vertical* es necesaria para racionalizar el trabajo de la JEP y la comunicación entre su base en Bogotá y el personal en los territorios. Al mismo tiempo, la coordinación *horizontal* es necesaria para la alineación y la cooperación entre las organizaciones. Ambos requerirán mecanismos organizativos específicos para facilitar la cooperación, la comunicación y el intercambio de información. Además, la JEP debería aprovechar plenamente a la sociedad civil para ampliar su alcance a los territorios y multiplicar su presencia simbólica y operativa. Al mismo tiempo, la experiencia con la CPI ha demostrado que la sociedad civil puede sentirse aprovechada si no está debidamente sensibilizada en cuanto a sus funciones y su lugar en un sistema de transición.

469 National consultations on transitional justice, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, (UN 2009), p3.

470 Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice, marzo de 2010, pág. 10.

471 Véase *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia* (Application N° 48135/06), 25 de junio de 2013; y *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungary* (Application N° 18030/11, 8 de noviembre de 2016).

Reparaciones y servicios a la comunidad

159. Es necesario tener en cuenta la forma en que los excombatientes pueden prestar servicios comunitarios en las comunidades afectadas por el conflicto, lo que está relacionado con programas de desarrollo más amplios, sin socavar las oportunidades de empleo de las víctimas o de los miembros de la comunidad. Las tareas especializadas como el desminado ofrecen oportunidades de empleo a los excombatientes, las víctimas y otros colombianos, pero en sí mismas no son reparaciones a menos que tengan un valor reparador para las víctimas en cuanto al reconocimiento y reparación de sus daños, en el sentido de que puede ser difícil pensar en ellas como una garantía de no repetición. Como forma de servicio comunitario, el desminado es un trabajo arriesgado y puede ser una medida de las penas alternativas. En términos de reintegración, es posible que este trabajo de desminado no proporcione habilidades transferibles a otra ocupación una vez que concluye en una zona, pero esto debería ser la preocupación de los organismos de reintegración con los que la JEP debería coordinar.
160. La JEP no debe ordenar la reparación en contra de los autores en forma de indemnización. Este punto parece estar también resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional C-080/18. Las reparaciones se deben entender sobre un continuum, en el que el extremo minimalista trata de reconocer el daño moral por parte de un actor responsable y el extremo maximalista trata de contar con un programa integral de reparación. La JEP no es un programa de reparación y no puede replicar el trabajo de la Unidad Víctimas, ni debería hacerlo. La JEP puede dirigir a las víctimas hacia otras vías de reparación y recuperación de la verdad (CEV). La JEP debería aprender de las lecciones de la Corte Penal Internacional, la EAC y las ECC que los tribunales penales no pueden ofrecer reparaciones a gran escala. En cambio, la JEP debe ser modesta y capitalizar su posición única de llevar a los perpetradores a confrontar sus hechos ilícitos en relación con las víctimas y la sociedad, y hacer esfuerzos de servicio comunitario para reparar parte del daño. La JEP puede comprometerse con otras formas de reparación o contribuir con acciones que tengan un efecto reparador en las víctimas y en la sociedad en general. Por ejemplo, la JEP debería considerar la mejor manera de utilizar la satisfacción como una forma de reparación en forma de disculpas u otros actos similares de reconocimiento de la responsabilidad de dignificar a las víctimas. Esos actos también podrían considerarse actos de restitución de la dignidad de las víctimas. Asimismo, puede haber conexiones entre las penas alternativas y las reparaciones cuando los perpetradores construyan monumentos o jardines conmemorativos para las víctimas con su consentimiento.
161. Las *sanciones propias* también ofrecen una oportunidad importante para que la JEP considere su dimensión reparadora cuando se dirige a individuos o grupos discriminados. Si bien *stricto sensu* son sanciones y su objetivo principal es castigar a los perpetradores por sus delitos, podrían tener una dimensión reparadora, en particular para las comunidades discriminadas, mostrando la expiación de los perpetradores, pero también demostrando cómo los excombatientes pueden contribuir a reparar el daño de algunas de las víctimas, por ejemplo, construyendo una escuela, una carretera o el desminado.
162. El envío de cartas individuales de reconocimiento o disculpas de los excombatientes o en un informe compilado por la JEP a cada víctima puede proporcionar un reconocimiento simbólico.⁴⁷² La JEP puede aportar una forma muy específica de reparación a las víctimas, pero esto forma parte de un sistema global. Sin la implementación de reparaciones a las víctimas a través de la Unidad de Víctimas,

472 Report by the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff, A/69/518, 8 de octubre de 2014, párr. 33.

las víctimas pueden sentir que el intercambio con los excombatientes dentro del proceso de la JEP, a la vez que les brinda la oportunidad de aclarar los hechos, disculparse o localizar los restos de sus seres queridos, puede ser superficial a la hora de reparar sus daños y aliviar las consecuencias cotidianas del conflicto. Es más, pueden verlo como un simple proceso para facilitar la reducción de la pena y la reintegración de los excombatientes.

163. El PEC también podría contribuir modestamente de manera más amplia al sistema de reparación en Colombia, apoyando a los perpetradores para que transfieran activos y asegurándose de que vayan al Fondo de Reparación para proporcionar reparación a las víctimas en virtud de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras/ Acuerdo de Paz.. Al mismo tiempo, la JEP debe procurar no crear expectativas demasiado altas en áreas fuera de su control y jurisdicción, entendiendo que las expectativas insatisfechas pueden tener un efecto significativo perjudicial en su recepción más amplia en los territorios. Sin embargo, debe establecer vínculos y llegar a memorandos de entendimiento con otras organizaciones de justicia transicional sobre la mejor manera de coordinar y complementarse mutuamente en materia de reparaciones y sanciones alternativas.

Reparations, Responsibility

 Victimhood in Transitional Societies

Sanciones Alternativas ante la Jurisdicción Especial de Paz:

Reflexiones sobre el Derecho
Internacional y la Justicia Transicional

Dr. Luke Moffett
School of Law
Queen's University Belfast
Main Site Tower
University Square
BT7 1NN

t: 028 90973893

e: info@reparations.qub.ac.uk

w: <https://reparations.qub.ac.uk>

(Print): ISBNs 9781909131866

(Digital): ISBNs 9781909131880