

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS AMNISTÍAS APROBADAS EN PROCESOS DE TRANSICIÓN: ¿LA CONDICIONALIDAD LEGÍTIMA JURÍDICAMENTE SU EMPLEO?

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND AMNESTIES APPROVED IN TRANSITIONAL PROCESSES: DOES CONDITIONALITY LEGITIMATE JURIDICALLY THEIR USE?

JOANA LOYO CABEZUDO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS AMNISTÍAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS AMNISTÍAS IV. EL AMPLIO ALCANCE DE LA IMPUNIDAD EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL MEDIANTE EL EJEMPLO DE COLOMBIA V. CONCLUSIONES

RESUMEN: Desde sus orígenes, el Derecho Internacional Penal ha tenido que lidiar con las amnistías que los Estados adoptaban en sus respectivos territorios para impedir la sanción de los responsables de haber cometido los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional. El presente estudio tiene como objetivo analizar si tras la progresiva evolución de este sector del Ordenamiento Jurídico y, especialmente, después de la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el alcance de las amnistías ha variado. Para ello, en primer lugar, se examina la situación jurídica en la que se encuentran las amnistías en el Derecho Internacional, prestando una atención especial a algunos de los pronunciamientos de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos. A continuación, se centra en el Estatuto de Roma y analiza críticamente la interpretación realizada por la Corte Penal Internacional a propósito de estas medidas. Finalmente, tomando como ejemplo la ley de amnistía aprobada por Colombia, el trabajo muestra las actuales condiciones que parecen exigirse en los procesos de justicia transicional y concluye reflexionando en torno a su validez jurídica.

ABSTRACT. *International Criminal Law, from its origins, has dealt with amnesties that States approved to prevent the sanction of international crimes. The present study analyses if after the progressive evolution of this sector of the legal system and, specially, after the adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court, the scope of amnesties has changed. In order to achieve this aim, first, it examines the situation of amnesties from an international law perspective and it analyses some pronouncements of international human rights tribunals. Second, it focuses on the Rome Statute and evaluates critically the*

Fecha de recepción del trabajo: 14 de febrero de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de mayo de 2020.

* Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Correo electrónico: joana.loyo@ehu.es

interpretation of amnesties given by the International Criminal Court. Finally, taken into account the amnesty law approved by Colombia, the study discusses the actual conditions that appears to be necessary in transitional justice processes and analyses their legal adequacy.

PALABRAS CLAVE. Amnistía, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, crímenes internacionales, justicia transicional, impunidad, Jurisdicción Especial para la Paz.

KEYWORDS. *Amnesty, Rome Statute of the International Criminal Court, international crimes, transitional justice, impunity, Special Jurisdiction for Peace.*

I. INTRODUCCIÓN

En el transcurso de las dictaduras o conflictos armados, se cometen los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional: crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidio, actos que dejan tras de sí cientos o miles de víctimas y a las que el Derecho Internacional debe proteger. Sin embargo, tal y como la historia se encarga de demostrar, originariamente, ante la comisión de estos condenables hechos, la respuesta otorgada por los Estados se limitaba, en la mayoría de ocasiones, a amnistiar a los responsables¹.

Afortunadamente, según iba evolucionando el Derecho Internacional, se fue demandando el cumplimiento de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de haber cometido estos crímenes internacionales con el objetivo de poner fin a la impunidad. Un propósito que se vio reforzado tras la adopción, en 1998, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional² (en adelante, ER) al reafirmar el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de haber cometido un crimen internacional³.

¹ A título ilustrativo cabe citar la Ley de amnistía aprobada en 1977 por España (Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. BOE núm. 248), sobre la que se ha pronunciado el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (Informe A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014). Léase la justificación de la medida de amnistía realizada por el Estado en: A/HRC/27/56/Add.3, de 17 de septiembre de 2014. Un análisis más detallado de esta cuestión puede consultarse en: LOYO CABEZUDO, J., “El desarrollo de la justicia transicional tras la creación del mandato del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Un análisis crítico a raíz de las recomendaciones formuladas a España” en OLÁSULO ALONSO, H., BUITRAGO REY, N. E., BONILLA TOVAR, V. y CANOSA CANTOR, J. (Coords.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional, Vol. 4*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 253 – 281.

² Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Roma, Italia. 15 de junio a 17 de julio de 1998. El Estatuto de Roma se publicó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. El texto definitivo fue objeto de correcciones en los años posteriores a su aprobación y también se han propuesto diversas modificaciones al texto original que pueden consultarse en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en#1 (el conjunto de recursos electrónicos citados en el presente trabajo han sido consultados por última vez el 27/04/2020).

³ El Preámbulo del Estatuto de Roma tras afirmar que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean

Desde que el Estatuto fuera aprobado, se ha debatido si el apartado sexto del Preámbulo que acabamos de citar consolida o no una obligación internacional general de enjuiciar los crímenes internacionales sobre los que la Corte tiene competencia, ya que la parte dispositiva del ER no hace referencia alguna a este deber⁴. A nuestro juicio⁵, el Preámbulo, efectivamente, plasma por escrito una obligación que se deriva del Derecho Internacional y cuya existencia se cuestionaba con anterioridad a su aprobación⁶. De hecho, nos hallamos ante una obligación que se menciona expresamente en un número considerable de tratados internacionales⁷, que se deriva también del derecho a un recurso efectivo⁸ y a favor de la cual se han pronunciado un amplio número de instrumentos de

efectivamente sometidos a la acción de la justicia", recuerda que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

⁴ De hecho, incluso se ha llegado a proponer la adopción de un Protocolo opcional al Estatuto de Roma con la finalidad de solventar, de una vez por todas este debate (AKHAVAN, "Whither National Courts? The Rome Statute's Missing Half: Towards an Express and Enforceable Obligation for the National Repression of International Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, pp. 1245 – 1266).

⁵ Ahora bien, es justo mencionar que un importante sector doctrinal se muestra contrario a esta interpretación. Véase, a modo de ejemplo: SEIBERT-FOHR, A., "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, p. 560; MBOKANI, J. B., "L'annistie et la répression des crimes de droit international au regard de l'avènement de la Cour pénale internationale: le Statut de Rome à l'épreuve des impératifs de la justice transitionnelle", *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, N° 2, 2015, p. 245; JACOBS, D., "Puzzling over Amnesties: Defragmenting the Debate for International Criminal Tribunals" en VAN DEN HERIK, L. and STAHN, C. (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, pp. 331 – 335.

⁶ AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición" en AMBOS, MALARINO y ELSNER (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009, pp. 36 – 38. A juicio de especialistas de reconocido prestigio, la reiterada obligación se puede derivar de la lectura conjunta de este párrafo sexto del Preámbulo con los apartados que regulan la complementariedad (KLEFFNER, J. K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, p. 254).

⁷ Son varios los tratados internacionales de ámbito universal que contienen expresamente la misma. Así, podemos citar la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (arts. 4 – 6), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 2 y 7.1 y Punto 18 de la Observación general N°2 del Comité contra la Tortura: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes), la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículos 3 y 11) o, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (artículo 85.1), véase también el Convenio I de Ginebra, art. 49; Convenio II de Ginebra, art. 50; Convenio III de Ginebra, art. 129; Convenio IV de Ginebra, art. 146.

⁸ Si acudimos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es cierto que los convenios que forman este sector del Ordenamiento Jurídico Internacional no se refieren expresamente a esta obligación. No obstante, la misma se deriva de los derechos de las víctimas a un recurso efectivo que se prevé, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 8 10), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3b y 14 y véase también el punto 18 de la Observación general N.º 31 relativa a la "índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto" y el punto 9 de la Observación General N.º 32 del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 13), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) o la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos (véase el artículo 1 en relación con los artículos 7 y 26).

*soft law*⁹ e, incluso, la propia Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI)¹⁰. En consecuencia, independientemente de la creación de la Corte, siguen siendo los Estados quienes tienen la responsabilidad de investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables, debiendo de adoptar las medidas necesarias para garantizar este deber¹¹.

Por otra parte, tras la nueva concepción de justicia transicional auspiciada por las Naciones Unidas, parece comenzar a consolidarse la idea de que, en los procesos de transición, ante la comisión de estos graves ilícitos, los Estados deben de poner en marcha una amplia variedad de mecanismos judiciales y no judiciales con capacidad para satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y adoptar polifacéticas garantías de no repetición para evitar su reiteración futura¹².

Tomando en consideración estos notables avances que se produjeron en la esfera internacional, parece lógico pensar que los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que podría ejercer su jurisdicción la CPI deberían de responder ante la justicia, ya fuera interna o internacional. Sin embargo, y como la práctica se encarga de demostrar, todavía hoy, la impunidad continúa negando los derechos de miles de víctimas a la justicia en los procesos de transición bajo argumentos tan indeterminados como el objetivo de lograr la “reconciliación” de la sociedad. Por esta razón, en el presente estudio nos proponemos analizar si, desde un punto de vista jurídico, se ha producido cierto retroceso en la erradicación de la impunidad, un objetivo que también se halla previsto en el propio Estatuto de Roma¹³.

Si bien la impunidad puede materializarse a través de diversas fórmulas¹⁴, nos centraremos en una de las medidas más conocidas: las clásicas amnistías. De entrada, quisiéramos aclarar que el análisis que realizaremos a continuación se limita a los

⁹ Así, podemos citar, entre otros: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006 (HR/PUB/06/4), pp. 23 – 26; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005, (A/RES/60/147), Principio II.

¹⁰ Concretamente, a juicio de la misma, la obligación del Estado de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales, lejos de afirmarse únicamente en el Estatuto, es “una norma establecida del derecho internacional consuetudinario” (Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017, punto 35).

¹¹ ICC-OTP, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003, p. 5.

¹² Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004; Resolución aprobada sin votación por el Consejo de Derechos Humanos en su 35ª sesión, el 29 de septiembre de 2011: Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/RES/18/7.

¹³ Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹⁴ Véase el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

crímenes internacionales sobre los que la CPI tiene competencia¹⁵ y, por ello, como el Fiscal Adjunto ha declarado, las amnistías por “delitos políticos”, al no ser competencia de la Corte¹⁶, no serán analizadas. Así, tras una breve introducción en la que abordaremos el estado actual de las amnistías en el Derecho Internacional, conoceremos los debates que éstas generaron en el proceso de elaboración del ER. A continuación, analizaremos si los Estados que han firmado y ratificado este instrumento jurídico han continuado aprobando estas medidas en sus respectivos territorios y, en caso de responder afirmativamente, veremos cuál ha sido la reacción de la Corte. De esta manera, comprobaremos si, realmente, la entrada en vigor del ER ha influido o no en el alcance de esta clásica herramienta de los acuerdos de paz y de la justicia transicional. Precisamente, y por lo que a la justicia transicional respecta, finalizaremos el trabajo analizando con mayor detalle la ley de amnistía aprobada por Colombia, ya que se trata del proceso de transición más relevante en la actualidad que, además, ha aunado la justicia transicional con el ámbito de actuación de la CPI¹⁷. De esta manera, este caso¹⁸ nos permitirá conocer hasta qué punto continúa limitándose la responsabilidad penal individual de las personas que han cometido los crímenes internacionales sobre los que podría ejercer su competencia la CPI en los actuales procesos de transición.

¹⁵ Artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹⁶ Keynote speech by James Stewart, Deputy Prosecutor of the ICC: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Conferencia organizada por la Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional, Bogotá, 13 de mayo de 2015, p. 16.

¹⁷ Para un análisis más detallado de cómo ha influido la entrada en vigor del Estatuto de Roma en el régimen jurídico de la justicia transicional véase: LOYO CABEZUDO, J., *Estudio de la justicia transicional desde el prisma del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Especial referencia a las cuestiones de admisibilidad*, Aranzadi, Navarra, 2020 (en proceso de edición a fecha de 27/04/2020).

¹⁸ A este respecto quisiéramos precisar que una de las razones fundamentales por las que hemos considerado oportuno centrarnos en el caso colombiano radica en que, actualmente, es considerado como un “modelo” de justicia transicional. Por esta razón, es posible que, en un futuro, otros Estados en transición sigan la senda marcada por el país latinoamericano y traten de replicarlo en sus correspondientes territorios. En esta línea se manifiesta Gil Gil cuando defiende que “está llamado a convertirse en una importante lección para el futuro, y a marcar el futuro modelo de la justicia de transición en situaciones de conflicto vivo, llevando a flexibilizar algunas de las posturas punitivistas maximalistas mantenidas mayoritariamente en determinados sectores hasta la fecha”, GIL GIL, A., "El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano: La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia" en GIL GIL, A., MACULAN, E. y FERREIRA, S. (Eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2017, p. 24.

II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS AMNISTÍAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

1. La cuestionada prohibición de amnistiar los crímenes internacionales

Las conocidas referencias en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6)¹⁹ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4)²⁰ -que contemplan la posibilidad de solicitar y conceder amnistía en el caso de que una persona haya sido condenada a muerte- o en el notorio artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra²¹, son las únicas ocasiones en las que los tratados internacionales permiten el otorgamiento de amnistías²². A pesar de que estos instrumentos normativos no regulan las amnistías por la comisión de crímenes internacionales, estos preceptos, y especialmente el último de ellos, son empleados por ciertos sectores doctrinales para legitimar el empleo general de estas polémicas medidas ante estos ilícitos²³. Es más, en ocasiones son consideradas como una herramienta más del elenco de mecanismos de la justicia transicional²⁴ y, por ello, siguen siendo empleadas por los Estados²⁵.

Como ya hemos adelantado, el ER reafirma el deber que tienen los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de haber cometido un crimen internacional y, en consecuencia, defendemos que toda medida que impidiera el cumplimiento de esta

¹⁹ Aprobado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 (UNTS Vol. Núm., 999 (p.171)).

²⁰ Aprobada en San José el 22 de noviembre de 1969 y entrada en vigor el 18 de julio de 1978 (UNTS Vol. Núm., 1144, p.123).

²¹ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados y entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95 (UNTS Vol. Núm. 1125, p.3). Como es conocido, el precepto prevé que: "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado". Puede consultarse un autorizado comentario a este artículo en: Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 01-11-1998.

²² A favor de una convención sobre este tema se ha pronunciado: TORRES ARGÜELLES, A., *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 148 - 149. En sentido contrario, véase STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 426.

²³ ROHT-ARRIAZA, N. and GIBSON, L., "The Developing Jurisprudence on Amnesty", *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, 1998, p. 864.

²⁴ Véase CLOSA, C., "Amnesty" en STAN, L. and NEDELSKY, N. (Ed.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 10 - 13.

²⁵ Consúltense el excelente estudio realizado por expertos de reconocido prestigio en el que muestran que las leyes de amnistía (al igual que el crecimiento paralelo de los juicios) continúan aumentando con el paso de los años: LESSA, F., OLSEN, T. D., PAYNE, L. A., PEREIRA, G. and REITER, A. G., "Persistent or Eroding Impunity? The Divergent Effects of Legal Challenges to Amnesty Laws for Past Human Rights Violations", *Israel Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 105 - 131. A una conclusión muy similar se llega también en: MCEVOY, K. and MALLINDER, L., "Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy", *Journal of Law and Society*, Vol. 39, Num. 3, September 2012, p. 415.

obligación debería considerarse contraria al Derecho Internacional. No obstante, no todos los sectores doctrinales comparten esta posición. De hecho, a juicio de un considerable número de expertos, no existe un deber de investigar, enjuiciar y sancionar *todos* los crímenes internacionales²⁶. Otros, en cambio, pese a reconocer la existencia de dicho deber, afirman que determinadas amnistías pueden ser respetuosas con el Derecho Internacional o, incluso, simplemente necesarias aunque se apliquen a los crímenes internacionales sobre los que existe una obligación de sancionar²⁷.

Ante este tipo de postulados conviene recordar que este debate ha sido analizado en reiteradas ocasiones por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos que, progresivamente, han ido limitando la capacidad de los Estados de otorgar amnistías, o medidas de impunidad similares, que impidieran la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables. A este respecto, no podemos sino alabar el intenso trabajo realizado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, desde 1986²⁸ y caso tras caso²⁹, han ido sentando un importante

²⁶ Por ejemplo, resulta cuanto menos llamativo que expertos como Kai Ambos, todavía hoy, afirmen que “no uniform, comprehensive list of crimes entailing a duty to prosecute exists. On the contrary, the existence of such a duty and its precise scope are still controversial” (AMBOS, K., “Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice” en HALDEMANN, F. and UNGER, T., *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law Series, Oxford, 2018, p. 206). Por esta razón, no extraña que las posturas al respecto sean muchas y muy variadas. Por ejemplo, si bien determinados autores defienden la existencia de una obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, otros, en cambio, discuten esta obligación en el caso de los crímenes contra la humanidad (SCHARF, M. P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, Issue 3, 1999, pp. 507 – 527; DUKIC, D., “Transitional justice and the International Criminal Court - in “the interests of justice”?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, Num. 867, September 2007, pp. 700 – 705; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008, pp. 125 – 130) y añaden al listado el crimen de tortura (LUDWIN KING, E. B., “Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures”, *Geo. Wash. Int’l. Rev.*, Vol. 45, 2013, pp. 85 – 120; MAJZUB, D., “Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.3, 2002, p. 258). Es más, el tema de los crímenes de guerra cometidos en conflictos internos sigue sin ser pacífico ya que hay quien afirma que, en estos casos, la obligación de enjuiciar es simplemente potestativa (MALLINDER, L., “Peacebuilding, the Rule of Law and the Duty to Prosecute: What Role Remains for Amnesties?” en MEDJOUBA, F. (Ed.), *Building peace in post-conflict situations. ATLAS*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2012, p. 28).

²⁷ SCHABAS, W., *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2012, pp. 185 - 188. Es más, el experto, incluso, llega a afirmar que es una exageración decir que las amnistías están prohibidas en el Derecho Internacional (*Ibid.*, p. 193).

²⁸ La primera aproximación de la Comisión a las leyes de amnistía se puede consultar en: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, Capítulo V. Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 Rev. 1, 26 septiembre 1986. No obstante, como acertadamente se ha señalado, esta posición de la Comisión no la suscribió la Corte Interamericana en su primer pronunciamiento sobre este tema (el caso Velásquez Rodríguez), ni la reiteró posteriormente la propia Comisión (GAVRON, J., “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, January 2002, p. 95).

²⁹ En las siguientes sentencias dictadas por la Corte Interamericana se condena las medidas de amnistía por impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables (citadas en orden cronológico): Caso

precedente no solo regional sino a escala universal en torno a la ilegalidad de las leyes de amnistía por la comisión de los ilícitos aquí examinados³⁰.

En efecto, la enérgica condena de la CIDH se trasladó posteriormente, si bien con notables matices, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³¹ y a la Comisión y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³². Asimismo, los tribunales internacionales penales como, entre otros³³, el Tribunal Internacional Penal para la

Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). Serie C No. 75; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219; Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221; Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252; Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286.

³⁰ ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria "fertilización" trasatlántica", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N°9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 105 – 123; MALLINDER, L., "The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, July 2016, pp. 645 - 680.

³¹ El Tribunal Europeo, al abordar el derecho a un recurso efectivo, se ha pronunciado en contra de las medidas que tienden a favorecer la impunidad, como las leyes de amnistía. Una de las sentencias más relevantes puede ser la fallada en el Asunto *Margus contra Croacia*, el 27 de mayo de 2014 a la que nos referiremos posteriormente. Consúltese un estudio más detallado sobre la posición del TEDH a propósito de las amnistías en: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Margus contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 909 – 947.

³² Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Comunicación N° 245/2002, decisión de 15 de mayo de 2006; Caso de la ONG Zimbabwe Human Rights Forum vs. Zimbabwe, Communication No. 245/02, decisión del 26 de mayo de 2006. Véase también la siguiente Directiva aprobada por la Comisión Africana: Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (2003). Disponible online en: http://www.achpr.org/files/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/achpr33_guide_fair_trial_legal_assistance_2003_fra.pdf

³³ Los Estatutos de otros tribunales creados en fechas más recientes también excluyen la amnistía respecto de las personas sobre las que ejercen su jurisdicción. Véase, por ejemplo, el Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 December 1990 (artículo 20) o el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (artículo 6).

antigua Yugoslavia³⁴, la Corte Especial para Sierra Leona³⁵ o las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya³⁶ se han pronunciado en contra de las mismas ante la comisión de crímenes internacionales.

Por lo que al ámbito de las Naciones Unidas respecta, se ha defendido de manera constante y reiterada -especialmente en los acuerdos de paz auspiciados por la ONU- que las amnistías para con los crímenes internacionales están prohibidas³⁷. A modo ilustrativo puede resultar oportuno señalar, por ejemplo, que en el “Informe del Secretario General

³⁴ El Acuerdo de Paz de Dayton excluía del alcance de la amnistía a los crímenes sobre los que el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia tenía competencia (Annex 7, article VI to The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, Dayton, 21 November 1995 and signed in Paris, on 14 December 1995). Es más, el propio Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia se pronunció sobre las amnistías en los casos de *Furundzija* (causa núm. IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998) y *Karadzic* (causa núm. IT-95-5/18-PT, de 10 de diciembre de 1998 y causa núm. IT-95-5/18-AR73.4, de 12 de octubre de 2009).

³⁵ Resulta oportuno recordar que el Acuerdo de paz de Lomé entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario preveía en su artículo 9 la posibilidad de otorgar un “indulto total”. Sin embargo, el Representante Especial del Secretario General declaró que “las Naciones Unidas consideraban que las disposiciones del Acuerdo relativas a la amnistía no se aplicarían a los crímenes internacionales de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario” (Preámbulo a la Resolución 1315 (2000) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4186ª sesión, celebrada el 14 de agosto de 2000). De esta manera, finalmente, en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal se plasmó el frontal rechazo a las leyes de amnistía. Pueden consultarse los pronunciamientos sobre este extremo en: *Prosecutor v. Moinina Fofana*, núm. SCSL-2004-14-AR72(E); *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, núm. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E); *Prosecutor v. Gbao*, Decision No. SCSL-04-15-PT-141, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T; *Case of Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case No. SCSL-04-15-T.

³⁶ En este caso también, fueron las Salas Extraordinarias las que se pronunciaron sobre el alcance del perdón otorgado a Ieng Sary (véase el artículo 40 al Estatuto y la Decision on Ieng Sary’s rule 89 preliminary objections (ne bis in idem and amnesty and pardon), Case File Dossier No. 002/19-09-2007, 3 november 2011).

³⁷ Esta postura se defiende en los pronunciamientos de varios organismos de protección de los derechos humanos y órganos de la ONU: Comité de Derechos Humanos: 80º período de sesiones (2004) Observación general N° 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto; 44º período de sesiones (1992) Observación general N° 20 Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7); Comité contra la Tortura: Observación General N°2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes. U.N. Doc. CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008, párr. 5; Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas: Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005; Informe final revisado del Relator Especial de las Naciones Unidas acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev1, de 2 de octubre de 1997, párr. 32; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005; Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, HR/PUB/09/1, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de enjuiciamiento, HR/PUB/06/4, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.

sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, se concluyó que había que asegurarse de que en los acuerdos de paz “se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (...) y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas”³⁸. Es más, en el propio ámbito de la justicia transicional, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ha declarado que “los Estados no pueden eximir a los presuntos autores de su responsabilidad individual mediante amnistías”³⁹.

A pesar de que estos pronunciamientos pudieran sugerir cierto consenso en torno a la prohibición de las amnistías para con los crímenes internacionales, lo cierto es que, en pleno 2020, todavía no cabe hablar de un rechazo uniforme y unánime en este punto. Por ejemplo, resulta ilustrativo señalar que en la reciente Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas no se logró⁴⁰ -a diferencia de en la Declaración previamente aprobada⁴¹- que el texto del Tratado condenara las amnistías aplicables a estos hechos⁴². Lejos de ser un caso aislado, la situación volvió a repetirse en el contexto del proyecto de Convención sobre los crímenes

³⁸ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 64c).

³⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014, punto 101. Por ello, “insta a los Estados a que se abstengan de aprobar, y a las organizaciones intergubernamentales a que se abstengan de apoyar, amnistías en relación con crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario” (*Ibid.*, punto 108b).

⁴⁰ Resulta llamativo que, cuando se estaba debatiendo el texto de la futura Convención, los artículos 5 - 8 del proyecto contenían disposiciones relativas a la amnistía (véase el punto 62 del Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2004/59, 23 de febrero de 2004). Sin embargo, los comentarios posteriores venían a matizar esta futura regulación de las leyes de amnistía ya que si bien algunos se mostraban favorables a una incorporación sobre las leyes de amnistía (*Ibid.*, punto 75) otros, por su parte, defendían que “no se podía ignorar la existencia de amnistías, que a veces eran necesarias en el proceso de reconciliación nacional” (*Ibid.*, punto 76). Siendo este el estadio de la cuestión, es interesante la solución que se propuso en los párrafos 79 y 80 del Informe del Grupo de Trabajo E/CN.4/2004/59, *op.cit.* y la crítica de Italia a propósito del resultado que finalmente se alcanzó (*Ibid.*, p. 53).

⁴¹ Y es que, la que la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, sí que menciona expresamente en el artículo 18 lo siguiente: “Artículo 18 .1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. 2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.” Sin embargo, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada el 20 de diciembre de 2006, no contiene ninguna referencia expresa a las leyes de amnistía.

⁴² Consúltese un interesante acercamiento a esta polémica en: SCOVAZZI, T. and CITRONI, G., *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, pp. 328 - 329.

contra la humanidad que se debate en la Comisión de Derecho Internacional⁴³ en la que, incluso, el propio Relator Especial recomendó que no se incluyese el tema de la amnistía por la imposibilidad que supondría llegar a un acuerdo sobre este punto⁴⁴, posición que, además, fue apoyada por Estados como Francia o Reino Unido⁴⁵.

Precisamente, en los informes elaborados por el Relator Especial se aprecian claramente los debates que continúa suscitando este tema. Por ejemplo, en el publicado en el año 2017⁴⁶, se defiende que “existen opiniones divergentes en cuanto a la validez de las amnistías en el derecho internacional”⁴⁷. Es más, incluso llega a poner en duda la interpretación contraria a las amnistías en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁴⁸ y no duda en recordar que en los tratados internacionales no se han excluido las amnistías⁴⁹. Por otra parte, de manera un tanto sorpresiva, llega a defender que, pese a que determinados Tratados imponen el deber de llevar a los autores ante la justicia, añade que “estos tratados no exigen el enjuiciamiento, sino que la cuestión se someta a la fiscalía, lo que deja intacta la discrecionalidad de ésta”⁵⁰. Así mismo, insiste en que la práctica de los Estados corrobora la promulgación de leyes de amnistía, también en el

⁴³ La primera referencia expresa a la amnistía se produce en el año 2017, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017). Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10) – Sesión en la que se aprobó, en primera lectura, un proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad. La referencia a la amnistía se produjo en uno de los comentarios al artículo 10, relativo al principio *aut dedere aut iudicare*. Precisamente, debido a esta concreta ubicación, se ha llegado a concluir que “la amnistía aprobada por un Estado no impediría el enjuiciamiento por otro Estado con competencia concurrente para conocer del delito. En el Estado que ha concedido la amnistía, su validez tendría que analizarse, entre otras cosas, a la luz de las obligaciones que le incumben en virtud del presente proyecto de artículos en relación con la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, a fin de cumplir con la obligación de extraditar o juzgar y con las obligaciones relacionadas con las víctimas y otras personas” (A/74/10, comentario 13 al artículo 10, p. 106). Para ampliar la información, véase un excelente comentario sobre esta cuestión en: ORENTLICHER, D., “Immunities and Amnesties” en SADAT, L. N. (Ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 202 – 222. Puede consultarse también: RELVA, H. A., “Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity: The Prohibition of Amnesties, Military Courts, and Reservations”, *Journal of International Criminal Justice*, Advance articles, 12 October 2018, pp. 1 – 19.

⁴⁴ Consúltese, especialmente, el Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017. A/CN.4/704, 27 de enero de 2017.

⁴⁵ Resultan llamativas las posiciones contrapuestas que los Estados, todavía hoy, mantienen a este respecto. Por ejemplo, Argentina, Perú o Uruguay han solicitado una prohibición expresa en torno a las leyes de amnistía. Otros Estados, como Sierra Leona, solicitan una distinción entre amnistías generales y condicionadas. Finalmente, un tercer grupo, entre los que se incluyen Francia o Reino Unido rechazan cualquier tipo de incorporación sobre las leyes de amnistía (cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 71er período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. A/CN.4/725, 18 de febrero de 2019, puntos 302 – 303).

⁴⁶ Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017. A/CN.4/704, 27 de enero de 2017.

⁴⁷ *Ibid.*, punto 286.

⁴⁸ *Ibid.*, punto 287.

⁴⁹ *Ibid.*, punto 288.

⁵⁰ *Ibid.*, punto 289.

caso de violaciones graves a los derechos humanos⁵¹. Por todo ello, concluye que “el presente proyecto de artículos no debe ocuparse de la cuestión de la amnistía concedida en virtud del derecho nacional”⁵².

Estos actuales debates nos llevan a deducir que, tal vez, no exista una voluntad real de prohibir expresamente que, en determinados contextos, los Estados puedan limitar el alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales empleando el recurrente argumento de la necesidad de lograr la paz y, así, reconciliar⁵³ a la sociedad mediante el empleo de “determinadas” amnistías. De hecho, y como veremos a continuación, incluso algunos de los pronunciamientos vertidos en el seno de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos parecen dejar abierta esta posible vía.

2. La adopción del discurso de la reconciliación en los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos

En el año 2012, la CIDH en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador*, siguiendo su jurisprudencia previa, declaró la nulidad de la “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz” aprobada por el Estado⁵⁴. No obstante, el Juez Diego García-Sayán emitió un voto concurrente⁵⁵ (al que se adhirieron cuatro de los siete jueces) que contiene ciertas afirmaciones que merecen ser destacadas. En él, por una parte, se reivindica que en el Derecho Internacional “positivo” no hay una norma que prohíba explícitamente la amnistía⁵⁶ y, por otra, se reconoce la necesidad de ponderar en los conflictos armados de carácter no internacional las demandas de justicia con la

⁵¹ *Ibid.*, punto 290.

⁵² *Ibid.*, punto 297.

⁵³ El objetivo de lograr la “reconciliación” es un concepto que incluso se menciona en el Comentario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En él, tras explicar que las medidas de amnistía puede definirse como “un acto del poder legislativo que borra un hecho punible, detiene las diligencias y anula las condenas”, añaden que “el objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que está dividido” (CICR, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), *op.cit.*, puntos 4617 y 4618).

⁵⁴ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252. Concretamente, la Corte vuelve a insistir (citando el clásico párrafo del Caso Barrios Altos contra Perú) que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (*Ibid.*, párrafo 283). Es más, a propósito del reiterado artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, concluye que lo ahí dispuesto no puede ser extensible a aquellas personas que hayan cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad (*Ibidem*, párrafo 286).

⁵⁵ Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en la Sentencia de la Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

⁵⁶ *Ibid.*, punto 17.

necesidad de lograr la paz⁵⁷. El argumento que se emplea para justificar esta “ponderación” y distanciarse de la jurisprudencia previa de la Corte se reduce a la mera evocación del concepto “justicia transicional”⁵⁸. Teniendo en cuenta que se alude a la justicia transicional como medio para justificar la “ponderación” de los derechos, parece lógico esperar una fundamentación basada en la normativa internacional a la hora de explicar el sentido de su voto. No obstante, no se procedió a analizar el Derecho Internacional vigente ni se proporcionó argumento jurídico alguno a este respecto.

Apenas dos años después, en el 2014, el TEDH en el caso de *Marguš c. Croacia* también analizó la situación jurídica en la que se encuentran las amnistías⁵⁹. En esta ocasión, el Tribunal afirmó lo siguiente:

“A growing tendency in international law is to see such amnesties as unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights. Even if it were to be accepted that amnesties are possible where there are some particular circumstances, such as a reconciliation process and/or a form of compensation to the victims, the amnesty granted to the applicant in the instant case would still not be acceptable since there is nothing to indicate that there were any such circumstances.”⁶⁰

Obsérvese que el TEDH reconoce que, en principio, las amnistías serían inaceptables por ser incompatibles con la obligación del Estado de enjuiciar y castigar las graves violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, acto seguido añade que estas medidas podrían ser viables en determinadas circunstancias como, por ejemplo, los procesos de reconciliación o si se produjera alguna forma de compensación a las víctimas⁶¹.

A nuestro juicio, estos argumentos podrían ser un tanto discutibles jurídicamente. De hecho, por una parte, es preciso recordar que los “procesos de reconciliación” o de “transición” se articulan a través de un conjunto de mecanismos que deben aplicarse de manera complementaria y nunca sustitutiva⁶². Por ello, y como ha señalado, entre otros,

⁵⁷ *Ibid.*, punto 4. Concretamente, este punto clave dice así: “la cuestión de las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos, requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional”.

⁵⁸ *Ibid.*, puntos 26 – 27 y 37 – 38.

⁵⁹ TEDH (GC), *Marguš contra Croacia*, núm. 4455/10, 27 de mayo de 2014, párrafos 125 – 138.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 139.

⁶¹ Esta posición se pudo haber promovido debido a la participación de un grupo de expertos con cierta tendencia a apoyar determinadas medidas de amnistía. Consúltese la explicación dada por los especialistas en torno a la negativa de prohibir las amnistías, incluso aunque alcancen a los crímenes internacionales en: MALLINDER, L., “Court decision on post-war amnesties is lesson for EU”, Ulster, 4 June 2014. Disponible online en: <https://euobserver.com/opinion/124455>

⁶² A favor de la complementariedad de las diversas medidas de la justicia transicional puede consultarse: Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, puntos 54 – 55; Guidance Note of the Secretary - General: United Nations Approach to Transitional Justice, March 2010, punto 3; Estudio independiente, con

el Relator Especial sobre la justicia transicional, todo intento de sustituir o remplazar el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales en base al argumento de que se ofrecerá algún tipo de compensación o reparación a las víctimas vulneraría la normativa internacional⁶³. Por otra parte, nos parece discutible que el Tribunal deje la puerta abierta a ciertos tipos de amnistía, siempre y cuando tengan como objetivo lograr la reconciliación de la sociedad, máxime cuando tampoco procede a aclarar qué contextos serían éstos o con qué alcance podrían aplicarse⁶⁴. Es más, no debemos olvidar que han sido numerosas las ocasiones en las que los Estados han empleado términos como éste para exigir el perdón y el olvido⁶⁵, como ha ocurrido, por ejemplo, en España⁶⁶.

Sin embargo, y pese a ser ésta la posición que mantenemos, debemos reconocer que, tras la publicación de la sentencia, el TEDH abrió un debate que podría generar ciertas expectativas en torno a la posible legalidad de determinadas medidas de amnistía que pudieran ser aprobadas en ambiguos “procesos de reconciliación”. Es más, esta concreta interpretación se puede ver reforzada si acudimos a uno de los votos concurrentes que

inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27 de febrero de 2004 (E/CN.4/2004/88), punto 60; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 35 – 36; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 20.

⁶³ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/69/518, de 14 de octubre de 2014, punto 11; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, (HR/PUB/08/1), pp. 35 – 36; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102, de 18 de febrero de 2005, punto 59d).

⁶⁴ Es más, debemos tener en cuenta que la “reconciliación” puede tener contrapuestos significados. Por ejemplo, como ha señalado acertadamente Roht-Arriaza, “the South African experience was key, for example, in popularizing and legitimizing a concept of ‘reconciliation’ that had been seen in Latin America as simply a code word for impunity but that was taken up very differently in the African context” (ROHT - ARRIAZA, N., “Editorial Note”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Issue 3, 2013, p. 385). Estas mismas contradicciones pueden observarse en el caso de Ruanda en el que, según Alex Boraine, “talk about reconciliation is highly suspect and can be viewed as a call for amnesia” (BORAINÉ, A., “Transitional Justice”, en VILLA - VICENCIO, C. and DOXTADER, E. (Eds.), *Pieces of the Puzzle. Keywords on Reconciliation and Transitional Justice*, Institute for Justice and Reconciliation, South - Africa, 2004, p. 69). Así mismo, tal y como ha advertido Forsberg, “for the perpetrators reconciliation means amnesty, whereas for the victims it means prosecution” (FORSBERG, T., “The Philosophy and Practice of Dealing with the Past: Some Conceptual and Normative Issues” en BIGGAR, N. (Ed.), *Burying the past. Making peace and doing justice after civil conflict*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 2003, p. 73).

⁶⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012, punto 55.

⁶⁶ Véanse las llamativas declaraciones del Estado en las que reitera que “sólo a través del olvido, la amnesia y el perdón era posible esa reconciliación” (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Adición Misión a España: comentarios del Estado al informe del Relator Especial, A/HRC/27/56/Add.3, de 17 de septiembre de 2014, punto 9).

acompañan a la Sentencia. En él, los magistrados del TEDH, tras señalar que la doctrina se halla dividida en torno a la legalidad o no de las leyes de amnistía y pese a reconocer que el Derecho Internacional ha limitado el margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de proceder a su adopción, defienden que “stating that international law in 2014 completely prohibits amnesties in cases of grave breaches of human rights does not reflect the current state of international law”⁶⁷. Dicho lo cual, concluyen con unas apreciaciones que, por su relevancia, consideramos oportuno citar íntegramente:

“9. (...) The adoption of international rules imposing a blanket ban on amnesties in cases of grave violations of human rights is liable, in some circumstances, to reduce the effectiveness of human rights protection (...) We must acknowledge that in certain circumstances there may be practical arguments in favour of an amnesty that encompasses some grave human rights violations. We cannot rule out the possibility that such an amnesty might in some instances serve as a tool enabling an armed conflict or a political regime that violates human rights to be brought to an end more swiftly, thereby preventing further violations in the future. In any event, as we see it, the concern to ensure effective protection of human rights points in favour of allowing the States concerned a certain margin of manoeuvre in this sphere, in order to allow the different parties to conflicts engendering grave human rights violations to find the most appropriate solutions.”⁶⁸

En definitiva, estos recientes pronunciamientos realizados en el seno de tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, así como las declaraciones vertidas en la Comisión de Derecho Internacional previamente citadas, muestran que el debate en torno al alcance de las amnistías no se halla completamente cerrado y que podría llegar a aceptarse la adopción de determinadas amnistías bajo ciertas condiciones en los procesos de “reconciliación” o de “transición”. Siendo éste el estado de la cuestión, analizaremos a continuación si la CPI comparte o no esta interpretación.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS AMNISTÍAS

1. La legitimidad de las amnistías desde la perspectiva del Estatuto de Roma: un examen teórico

A) EL SILENCIO DEL ESTATUTO DE ROMA CON RESPECTO A LAS AMNISTÍAS

El ER, no se pronuncia en torno a las amnistías debido a que el consenso sobre su posible legitimidad, incluso si estuvieran acompañadas de una comisión de la verdad u otros mecanismos alternativos a la justicia, no existía en el proceso de elaboración del Estatuto⁶⁹ que, recordemos, se aprobó el 17 de julio de 1998.

⁶⁷ TEDH (GC), *Margus v. Croacia*, núm. 4455/10, 27 May 2014, Joint concurring opinion of Judges Šikuta, Wojtyczek and Vehabović, párrafo 8.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 9.

⁶⁹ ROBINSON, D., "Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International

De hecho, si hay una nota que caracterizó a los debates sobre las amnistías y los mecanismos alternativos a la justicia penal vinculados a las mismas fue su alta polarización⁷⁰. Y es que, en las negociaciones del Estatuto las posturas eran extremas: por una parte, se hallaban aquéllos que consideraban que, ante la comisión de los crímenes internacionales sobre los que la CPI ejercería su competencia, el sometimiento de los responsables a un proceso judicial de orden penal era la única respuesta apropiada y, además, obligatoria⁷¹. Por otra parte, sin embargo, se posicionaban los que, teniendo el ejemplo de Sudáfrica en mente, aceptaban los mecanismos alternativos de justicia⁷². Al hilo de estos debates también se planteó si la comunidad internacional debería insistir siempre en los enjuiciamientos aunque ello pudiera provocar el colapso de una democracia en transición⁷³. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo⁷⁴ y teniendo en cuenta las dificultades que llevaba aparejada codificar una materia tan polémica, los redactores del ER decidieron optar por la ambigüedad⁷⁵. Así, el problema se zanjó temporalmente eliminando toda referencia expresa a esta cuestión y delegando en el Fiscal y en los jueces de la CPI la responsabilidad de interpretar los artículos del Estatuto y decidir cómo valorar el anclaje jurídico de las leyes de amnistía⁷⁶.

Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No.3, 2003, p. 483. Como ha señalado Darryl Robinson, experto que participó en el proceso de negociación, "the issue of how to deal with national amnesties and national truth and reconciliation efforts was raised in the ICC negotiations, but was not explicitly dealt with in the Rome Statute". Algunas de las referencias a las leyes de amnistía pueden apreciarse en los siguientes documentos: Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Official Records of the General Assembly. Fiftieth Session Supplement No. 22 (A/50/22, 6 September 1995), p. 9, Punto 46; Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume I. (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996) General Assembly Official Records. Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22, 13 September 1996), puntos 160, 164, 174; Informe del Comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Adición. A/CONF.183/2/Add.1,14 de abril de 1998, pp. 40 – 41.

⁷⁰ Véase como recoge parte de la doctrina esta patente división de posturas en: CLARK, T. H., "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice": Striking a Delicate Balance", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 4, Issue 2, 2005, p. 390-391; ROBINSON, D., "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483; GAVRON, J., "Amnesties in the light of developments in international law...", *op.cit.*, pp. 107 – 108; STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 424 - 426.

⁷¹ ROBINSON, D., "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ SEIBERT-FOHR, A., "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *op.cit.*, pp. 561 – 562.

⁷⁵ ROBINSON, D., "Serving the Interest of Justice...", *op.cit.*, p. 483; DAL MASO JARDIM, T., "Les amnisties" en ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A. (Eds.), *Droit International Penal*, Pedone, Paris, 2012 (2ªed.), p. 569; SLYE, R., "Immunities and amnesties", en DU PLESSIS, M. (Ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, Institute for Security Studies, South Africa, 2008, p. 181. Ambigüedad que se ha seguido defendiendo, incluso, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en el año 2010 (Anexo II. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión. ICC-ASP/8/20, p. 3). Concretamente, se pone en valor la "ambigüedad constructiva" del Estatuto (*Ibid.*, punto 21).

⁷⁶ ROCHE, D., "Truth commissions, amnesties and the International Criminal Court", *British Journal of Criminology*, 45, 2005, p. 567; STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 65 – 66; BASSIOUNI, M. C. and SCHABAS, W. A. (Eds.), *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition, Volume 1*,

Tras la aprobación del ER, resulta interesante comprobar que un acontecimiento de cierta relevancia como fue la elaboración apenas un año después de que la Corte comenzara su actividad, en 2003, de un “informal expert paper” relativo al principio de complementariedad⁷⁷ mostrara las dudas que todavía generaba este tema, incluso entre un grupo de expertos de reconocido prestigio. Es más, confirma la cautela con la que los especialistas decidieron abordar este tema al considerar que el debate no se hallaba, ni mucho menos, cerrado. Si bien es cierto que el interrogante se planteó en términos de “amnistías condicionadas” -es decir, se preguntaban si cabían ciertos tipos de amnistías bajo determinadas condiciones⁷⁸ como puede ser, por ejemplo, vinculadas a algunos mecanismos-, resulta llamativo que no se lograra unanimidad a la hora de considerar que las amnistías para los responsables de haber cometido crímenes internacionales se hallaban totalmente prohibidas⁷⁹.

Como cabe apreciar, ni siquiera un grupo de expertos fue capaz de llegar a un consenso en torno al estatus de las amnistías en el seno de la CPI. Precisamente, por esta razón, resulta llamativo que para otros la respuesta a este interrogante no planteara ningún tipo de problema. Por ejemplo, fue cuanto menos inesperado que, en septiembre de 1998, es decir, apenas unos meses después de que se aprobara el Estatuto, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, viajara a Sudáfrica y en una conferencia no dudara en declarar que:

"The purpose of the clause in the Statute [which allows the Court to intervene where the state is 'unwilling or unable' to exercise jurisdiction] is to ensure that mass-murderers and other arch-criminals cannot shelter behind a State run by themselves or their cronies, or take advantage of a general breakdown of law and order. No one should imagine that it would apply to a case like South Africa's, where the regime and the conflict which caused the crimes have come to an end, and the victims have inherited power. It is inconceivable that, in such a case, the Court would seek to substitute its judgments for that of a whole nation which is seeking the best way to put a traumatic past behind it and build a better future."⁸⁰

Estas declaraciones, al haber sido realizadas por una figura tan destacada como es el Secretario General de la ONU, han sido interpretadas por la doctrina como un importante mensaje a la comunidad internacional de que las Naciones Unidas no se oponían, en aquellos años, a los acuerdos de amnistía y que mostraban su respeto por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación sudafricana⁸¹. De la misma manera, y a pesar de que el

Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2016, pp. 145 – 147; HOLMES, J. T., "The Principle of Complementarity", en LEE, R. S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, p. 77.

⁷⁷ ICC-OTP, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, 2003.

⁷⁸ *Ibid.*, punto 73.

⁷⁹ *Ibid.*, nota a pie de página 33 en el punto 72.

⁸⁰ Kofi Annan, Speech at the Witwatersrand University Graduation Ceremony (September 1, 1998), citado en VILLA - VICENCIO, C., "Why perpetrators should not always be prosecuted: where the International Criminal Court and truth commissions meet", *Emory Law Journal*, Vol. 49, Issue, 1, Winter 2000, p. 222.

⁸¹ URIBE, C., "Do amnesties preclude justice?", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Num. 21, 2012, pp. 307 - 308.

Estatuto tampoco regula los mecanismos alternativos a la justicia penal, determinados sectores doctrinales ven en este silencio un reconocimiento implícito a favor de estas medidas⁸².

Dos décadas después de que se aprobara el ER, este debate, si bien ha evolucionado, continúa generando una profunda división doctrinal. De hecho, incluso se ha propuesto elaborar un Protocolo Adicional al Estatuto que regule, precisamente, este tema⁸³. Por ello, en las líneas que siguen a continuación, procederemos a examinar con mayor detalle el fundamento jurídico que actualmente es empleado para legitimar las medidas de amnistía que alcanzan también a los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la CPI y, posteriormente, analizaremos si la Corte comparte o no esta interpretación.

B) LOS PRINCIPALES ARTÍCULOS DEL ESTATUTO DE ROMA QUE SE EMPLEAN PARA JUSTIFICAR LA LEGALIDAD DE LAS AMNISTÍAS

A pesar de la aparente contradicción que se produce al contraponer el mandato de la CPI -cuyo objetivo, recordemos, consiste en poner fin a la impunidad con la que se perpetran los crímenes internacionales- con unas medidas como las amnistías que, en el fondo, obstaculizan la consecución de esta finalidad, son numerosos los expertos que basándose en el Estatuto de Roma defienden la posibilidad de que un Estado otorgue amnistías, incluso ante la comisión de los crímenes internacionales sobre los que la CPI ejerce su competencia⁸⁴. Concretamente, son tres los artículos principales que se citan: el artículo 17, el artículo 53 y el artículo 16 del Estatuto.

⁸² CLARK, T. H., "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice"...", *op.cit.*, p.391; LUDWIN KING, E. B., "Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures" *op.cit.*, p. 100.

⁸³ Véase la enmienda al Estatuto que se propone en: O'SHEA, A., *Amnesty for crime in international law and practice*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2002, pp. 330 – 336. Otros, en cambio, han recomendado la creación de una comisión que ayude al Fiscal de la Corte a actuar ante las amnistías nacionales (GOMEZ, R., "Transitional States, the ICC, and Amnesties, Establishing an Advisory Commission", *Eyes on the ICC*, Vol. 3, No.1, 2006, p. 57).

⁸⁴ A modo de ejemplo, cabe citar los siguientes estudios doctrinales que analizan las medidas de amnistía tomando en consideración el marco jurídico previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: DJAMCHIDMOMTAZ, T., "La compétence complémentaire de la Cour Pénale Internationale à l'épreuve des lois d'amnistie inconditionnelle", *Die Friedens-Warte*, Num. 78, Issue 1, 2003, pp. 53 – 62; MOREL, S., *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...*, *op.cit.*; ROHT-ARRIAZA, N., "Amnesty and the International Criminal Court", en SHELTON, D. (Ed.), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Transnational Publishers, USA, 2000, pp. 77 – 82; JACOBS, D., "Puzzling over Amnesties...", *op.cit.*, pp. 305 – 345; SEIBERT-FOHR, A., "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *op.cit.*, pp. 553 - 590; STAHN, C., "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, N°3, 2005, pp. 695 - 720; SCHARF, M. P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 507-527; ARSANJANI, M. H., "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *American Society of International Law. Proceeding of the Annual Meeting*, 1999, pp. 65 - 68; CLARK, T. H., "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice"...", *op.cit.*, pp. 389 - 414; CÁRDENAS ARAVENA, C., "The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of Amnesties and truth commissions" en KLEFFNER, J. K. and KOR, G. (Eds.), *Complementary views on*

Comenzando por este último cabe señalar que, a pesar del claro límite temporal establecido en el artículo 16 ER -que permite que el Consejo de Seguridad pueda pedir “a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado”, petición que puede ser renovada anualmente- se ha examinado su posible aplicación en aquellos casos en los que el Estado aprueba una amnistía. Concretamente, se ha llegado a defender que, si se hallara vigente la misma, el Consejo de Seguridad podría suspender la investigación o el enjuiciamiento ante la Corte produciéndose la validación de la medida de impunidad⁸⁵. Teniendo en cuenta que una amnistía, en principio, no se limita al período de un año previsto en el precepto y que, por ende, el Consejo de Seguridad debería renovar la suspensión anualmente, consideramos que en estos casos se estaría produciendo un abusivo e injustificado empleo del artículo 16 ER y, por ello, compartimos la opinión de quienes cuestionan la aplicación del precepto en estos casos⁸⁶.

complementarity: Proceeding of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court. Amsterdam, 25/26 June 2004, T.M.C. Asser press, The Hague, 2006, pp. 115 –139; DUGARD, J., "Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 4, 1999, pp. 1001-1015; GAVRON, J., "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 91-117; GROPENGIESSER, H. and MEISSNER, J., "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2005, pp. 267-300; NEWMAN, D. G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *American University International Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 2005, pp. 293 - 357; ROCHE, D., "Truth commissions, amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 565 - 581; SCHABAS, W. A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals" en BROWN, B. S. (Ed.), *Research handbook of International Criminal Law*, Edward Elgar, UK, 2011, pp. 373 - 390; MAJZUB, D., "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 247 - 279; MBOKANI, J. B., "L'amnistie et la répression des crimes de droit international au regard de l'avènement de la Cour pénale internationale...", *op.cit.*, pp. 239 – 276.

⁸⁵ Si bien las posiciones doctrinales no son homogéneas, podríamos incluir dentro del grupo doctrinal que aplica el artículo 16 a las leyes de amnistía a los siguientes especialistas: MOREL, S., *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...* *op.cit.*; SLYE, R., "Immunities and amnesties", *op.cit.*, pp. 192 – 193 ; NEWMAN, D. G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *op.cit.*, p. 318; GROPENGIESSER, H. and MEISSNER, J., "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 288 – 294; DUKIC, D., "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 695; ALLAN, K., "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, N° 39, 2011, pp. 266 – 271; MAJZUB, D., "Peace or Justice - Amnesties and the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 270 – 271; TORRES ARGÜELLES, A., *Repensando las amnistías en procesos transicionales*, *op.cit.*, p. 71. A juicio de otro grupo de expertos, en cambio, este hecho no implicaría que se le otorgara legitimidad a la ley de amnistía, sino que, simplemente, se paralizaría por un período de tiempo el proceso ante la Corte (KAYITANA, E., *Complementarity, State Sovereignty and Universal Jurisdiction: A South African Perspective*, Galda Verlag, Glienicke, 2016, pp. 224 – 226).

⁸⁶ STAHN, C., "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 698 – 699; GAVRON, J., "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 108 – 109; AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, p. 100; HAN, S. W. D., "The International Criminal Court and National Amnesty", *Auckland University Law Review*, No. 12, 2006, pp. 100 – 101; FREEMAN, M., *Necessary Evils: Amnesties and the search for justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 81.

Por lo que al artículo 53 ER respecta -que regula el inicio de una investigación ante la Corte- cabe señalar que la indeterminación que caracteriza al "interés de la justicia"⁸⁷ suele emplearse por ciertos sectores para justificar que, a pesar de que se hayan podido cometer los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, no siempre resulta obligatorio llevar a cabo una investigación y un enjuiciamiento cuando el Estado se halla inmerso en un proceso de justicia transicional en el que, por ejemplo, se han sancionado leyes de amnistía⁸⁸. Es decir, se defiende que en el caso de que el Estado adoptara una amnistía, la Corte podría valorar la medida interna y, así, concluir que, en estos casos, una investigación "no redundaría en interés de la justicia". De hecho, son numerosos los especialistas que consideran que el artículo 53 es la vía de entrada de las decisiones con un claro componente político en la actividad de los diversos órganos que componen la CPI⁸⁹.

⁸⁷ El artículo 53 otorga la competencia al Fiscal para decidir si, una vez examinada la información, inicia o no una investigación o un enjuiciamiento. En ambos supuestos, el apartado c) del citado precepto contempla la posibilidad de que una investigación o un enjuiciamiento "no redunden en interés de la justicia".

⁸⁸ A modo ilustrativo cabe citar los siguientes trabajos doctrinales que reflexionan sobre la posible aplicación del artículo 53 ante las leyes de amnistías: ROHT-ARRIAZA, N., "Amnesty and the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 81; RAZESBERGER, F., *The International Criminal Court: The Principle of Complementarity*, Peterlang, Frankfurt, 2006, pp. 175 – 179; SADAT, L. N., "Universal Jurisdiction, National Amnesties, and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable" en MACEDO, S., *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2004, p. 204; MOREL, S., *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...*, *op.cit.*; NEWMAN, D. G., "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem", *op.cit.*, pp. 318 – 322; ARSANJANI, M. H., "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *op.cit.*, p. 67; SCHARF, M. P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, p. 524; GROENGIESSER, H. and MEISSNER, J., "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 294 – 299; DUGARD, J., "Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *op.cit.*, p. 1014; GOLDSTONE, R. J. and FRITZ, N., "In the Interest of Justice´ and Independent Referral: The ICC Prosecutor´s Unprecedented Powers", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, Issue 3, 2000, p. 656; DUKIC, D., "Transitional justice and the International Criminal Court - in "the interests of justice"?", *op.cit.*, pp. 709 – 718; AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 101 – 104; OLÁSULO ALONSO, H., "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 284 – 289; STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions...*, *op.cit.*, pp. 433 – 434, pp. 451-452; ALLAN, K., "Prosecution and Peace: A Role for Amnesty before the ICC?", *op.cit.*, pp. 287 – 301; HAN, S. W. D., "The International Criminal Court and National Amnesty", *op.cit.*, pp. 101 – 102; FREEMAN, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, *op.cit.*, pp. 83 – 84; MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions...*, *op.cit.*, pp. 286 – 291; VRIEZEN, V., *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 106; JACOBS, D., "Puzzling over Amnesties...", *op.cit.*, pp. 342 – 343; STAHN, C., "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, p. 719; GAVRON, J., "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, p. 110.

⁸⁹ MACULAN, E., "La Corte Penal Internacional" en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 92 – 93; DAVIS, C., "Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, Vol. 15, 2015, pp. 170 - 189. En el extremo opuesto, ciertas organizaciones como Human Rights Watch o Amnistía Internacional, muestran su frontal rechazo a esta posición: Human Rights Watch, "The Meaning of "the interest of Justice" in Article 53 of the Rome Statute", June 1, 2005; Amnesty International, "Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice", 17 June 2005. En la doctrina, determinados autores también defienden la necesidad de interpretar de manera

A pesar de que ha sido ingente la atención que la doctrina ha prestado al citado precepto, lo cierto es que estas reflexiones académicas, como comprobaremos en el punto siguiente, no han tenido una plasmación en la práctica seguida hasta el momento por la Corte. De hecho, conviene señalar que la propia Fiscalía, consciente de la ambigüedad y polémica que continuaba girando en torno al concepto público, en el año 2007, un Documento de Política General sobre el interés de la justicia⁹⁰. En él, tras reconocer que este precepto representaba uno de los aspectos más complejos del Estatuto, se hacía hincapié en tres cuestiones fundamentales: en primer lugar, el recurso al “interés de la justicia” debe ser excepcional ya que existe una clara presunción a favor de las investigaciones⁹¹; en segundo lugar, su empleo debe guiarse por los objetivos del ER, concretamente, la prevención de los crímenes y garantizar que la justicia internacional sea respetada⁹²; y, en tercer lugar, que existe una diferencia fundamental entre los intereses de la justicia y los intereses de la paz, intereses, éstos últimos, que no competen a la Oficina de la Fiscalía⁹³.

Es decir, a juicio de la Fiscalía, debe establecerse una clara línea divisoria entre el “interés de la justicia” y las consideraciones de orden político que pueden adoptarse en “interés de la paz”. Por lo tanto, consideramos que las numerosas reflexiones doctrinales que tratan de justificar la aplicación del “interés de la justicia” ante iniciativas de justicia transicional o en acuerdos de paz y, así, legitimar las amnistías que alcancen a los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la CPI argumentando que, en estas circunstancias, una investigación “no redundaría en interés de la justicia”, no encuentran una plasmación en la línea de actuación marcada por la Oficina de la Fiscalía que parece abogar por la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables. Finalmente, otros expertos basándose en el artículo 17 del ER, argumentan que los mecanismos alternativos a la justicia penal (especialmente las comisiones de la verdad)

restrictiva el concepto del interés de la justicia. Véase, a modo de ejemplo: MENDES, E. P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, Edward Elgar, UK-USA, 2010, p. 34.

⁹⁰ ICC-OTP, Policy Paper on the Interest of Justice, September 2007. Si bien este documento está sujeto a revisión y puede modificarse según avance la práctica de la Corte (*Ibid.*, p. 1), esta concreta concepción del interés de la justicia se ha mantenido a lo largo de los años e, incluso, cabe hablar de cierta consolidación (consúltese, a modo de ejemplo: Keynote address by Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, October 10 2012. Setting the record straight: the ICC's new Prosecutor responds to African concerns: Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution initiatives. Disponible online en: <http://www.politicsweb.co.za/documents/the-icc-a-response-to-african-concerns--fatou-bens>); Bensouda, Fatou, International Justice and Diplomacy, The New York Times, March 19, 2013. Disponible online en: https://www.nytimes.com/2013/03/20/opinion/global/the-role-of-the-icc-in-international-justice-and-diplomacy.html?_r=0); ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, pp. 18 – 19; Speech of Mrs Fatou Bensouda, Prosecutor of the International Criminal Court, Seminar Hosted by the Attorney General of the Federation and Minister of Justice of Nigeria: International Seminar on the Imperatives of the Observance of Human Rights and International Humanitarian Law Norms in International Security Operations. Abuja, Nigeria, 24 February 2014, p. 6; Keynote speech by James Stewart: "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 16 – 18). Por esta razón, y pese al tiempo transcurrido desde su elaboración, consideramos que los argumentos entonces vertidos continúan siendo de plena actualidad.

⁹¹ ICC-OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, September 2007, p. 1 y p. 3.

⁹² *Ibid.*, p. 4.

⁹³ *Ibid.*, p. 1.

pueden hacer la situación inadmisibles ante la Corte. A este respecto, la mayoría de especialistas que analizan este tema vinculan las investigaciones desarrolladas en el seno de las comisiones de la verdad con las medidas de amnistía⁹⁴ a las que, en ocasiones, se les denomina “amnistías condicionadas”⁹⁵. A grandes rasgos podemos señalar que nos

⁹⁴ Acúdase a los siguientes estudios donde se analiza la vinculación de las amnistías con las comisiones de la verdad y se dilucida si esta opción superaría o no el examen de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma: STAHN, C., "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice...", *op.cit.*, pp. 695 – 720; CÁRDENAS ARAVENA, C., "The admissibility test before the International Criminal Court...", *op.cit.*, pp. 127-128; SEIBERT-FOHR, A., "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", *op.cit.*, pp. 564 – 567; GAVRON, J., "Amnesties in the light of developments...", *op.cit.*, pp. 110 – 112; DUKIC, D., "Transitional justice and the International Criminal Court...", *op.cit.*, p. 695; SCHABAS, W. A., "National amnesties, truth commissions and international criminal tribunals", *op.cit.*, p. 382; CLARK, T. H., "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interest of Justice"...", *op.cit.*, pp. 389 – 414; KELLER, L. M., "The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court", en *Hague Justice Journal*, Vol. 3, N.1, 2008, pp. 22 – 26; OLÁSULO ALONSO, H., "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", *op.cit.*, pp. 268 – 296; FLORY, P., "International Criminal Justice and Truth Commissions: From Strangers to Partners?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, 2015, pp. 35 – 38.

A propósito de las medidas de amnistía no podemos sino mostrar nuestro más absoluto asombro ante ciertos trabajos doctrinales que, incluso, valoran las amnistías a efectos de “investigación” cuando, como es notoriamente conocido, una ley de amnistía impide todo mínimo esclarecimiento de los hechos. Si se desea leer algunos comentarios en torno al posible examen de admisibilidad con respecto a una medida de amnistía, puede acudir a: RAZESBERGER, F., *The International Criminal Court...*, *op.cit.*, pp. 159 – 161; BROOMHALL, B., *International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 100 – 102; MOREL, S., *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale...*, *op.cit.*; JACOBS, D., “Puzzling over Amnesties...”, *op.cit.*, pp. 340 – 342; CÁRDENAS ARAVENA, C., “The admissibility test before the International Criminal Court...”, *op.cit.*, p. 128; GROENGIESSER, H. and MEISSNER, J., "Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 299 – 300; MALLINDER, L., "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, p. 212 ; FREEMAN, M., *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, *op.cit.*, pp. 81 – 82 ; VRIEZEN, V., *Amnesty justified?...*, *op.cit.*, p. 105; SAROOSHI, D., "Prosecutorial Policy and the ICC: Prosecutor's *Proprio Motu* Action or Self-Denial?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, p. 943; ROHT-ARRIAZA, N., “Amnesty and the International Criminal Court”, *op.cit.*, p. 80; SLYE, R., “Immunities and amnesties”, *op.cit.*, pp. 193 – 194.

⁹⁵ AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, p. 54. Para comprender adecuadamente estas posiciones doctrinales conviene precisar que, en un inicio, los debates se reducían a las amnistías sin ningún tipo de “adjetivos”. Sin embargo, a medida que se exigía con más vehemencia el cumplimiento de un conjunto de obligaciones dirigidas a investigar, enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables de haber cometido crímenes internacionales, estas medidas, como hemos comprobado, comenzaban a cuestionarse. Por esta razón, en la actualidad, ciertos expertos exigen el cumplimiento de una serie de condiciones. A pesar de que son muchas y muy variadas las clasificaciones que se realizan, normalmente suele ser común emplear el concepto de las “amnistías condicionadas” para englobar a las mismas. Pueden apreciarse este tipo de clasificaciones en: VAN DER WOLF, W., *The Ad hoc tribunals and the International Criminal Court and International criminal law*, International Courts Association, The Hague, 2011, pp. 57 – 58; MALLINDER, L., “Beyond the Courts? The Complex Relationship of Trials and Amnesties” en SCHABAS, W. A. (Ed.), *International Criminal Law, Volume II*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2012, pp. 769 – 770; MOREL, S., *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale : le cas particulier des amnisties*, *Collection quater, Vol.14, Editions bis et ter, Lausanne, 2005*, pp. 220 – 226; SCHARF, M. P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *op.cit.*, pp. 526 – 527; DUGARD, J., "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions" en CASSESE, A., GAETA, P.

hallamos ante una modalidad de amnistía que podría ser otorgada a aquéllos que hayan cometido crímenes internacionales siempre y cuando cumplan una serie de “condiciones” como, por ejemplo, contribuir con su declaración a dilucidar la verdad o reparar a las víctimas⁹⁶. Una de las consecuencias que conlleva la necesidad de cumplir esta serie de requisitos es que una amnistía no puede impedir, por ejemplo, la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad o a la reparación⁹⁷. La aceptación de esta tipología de amnistías condicionadas, más allá de ser una mera reivindicación doctrinal, comienza a vislumbrarse en el seno de la Comisión de Derecho Internacional⁹⁸ o en ciertos estudios promovidos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁹⁹.

and JONES, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2002, pp. 699 – 700; OLÁSULO ALONSO, H., "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional" en ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 268 – 296; SARKIN, J. J., "How Conditional Amnesties Can Assist Transitional Societies in Delivering on the Right to the Truth. Are Such Processes Compatible with International Law?", *International Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 2, 2017, pp. 143 -175.

⁹⁶ El reputado especialista Kai Ambos ha definido este tipo de amnistía de la siguiente manera: “Una amnistía condicional es una amnistía que -a diferencia de una amnistía absoluta- no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s)” (AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, p. 71).

⁹⁷ Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición, A/HRC/12/18.; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos": El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007; Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Principio 24b).

⁹⁸ Por ejemplo, en la Sesión en la que se aprobó, en primera lectura, un proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, en el comentario al artículo 10, relativo al principio *aut dedere aut iudicare*, se señaló que: “8) (...) La amnistía puede ser de índole general o estar supeditada a determinadas condiciones, como el desarme de un grupo no estatal, la disposición del presunto infractor a reconocer públicamente los crímenes cometidos o la presentación por parte de este de disculpas a las víctimas o a sus familiares” (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017). Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10). Véase también cómo se refiere a la tipología de amnistías el Relator Especial en el Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017. A/CN.4/704, 27 de enero de 2017, punto 285.

⁹⁹ Por ejemplo, en el documento publicado por la OACNUDH, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de Enjuiciamiento*, *op.cit.*, en las páginas 24 y 25 explican: “Además, en los países que son Estados partes en el Estatuto de Roma las amnistías en relación con delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional pueden suponer una infracción de las obligaciones jurídicas que impone ese Estatuto, y el Fiscal no está obligado a respetarlas. La situación puede ser más incierta cuando las amnistías están sometidas a condiciones distintas del castigo pleno, como la revelación de información acompañada por algún tipo de sanción. Tal vez esas medidas hayan de ser evaluadas por el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al artículo 53 del Estatuto de Roma, según el cual puede decidir si una investigación o un enjuiciamiento redundaría en «interés de la justicia»”.

A nuestro juicio, ha sido la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica¹⁰⁰ la que ha contribuido a dirigir el debate en esta dirección¹⁰¹. No obstante, como ha señalado el propio Relator Especial sobre la justicia transicional, la mayoría de las comisiones de la verdad no han tenido competencia para dictar o recomendar amnistías¹⁰². Por esta razón, y teniendo en cuenta que, si la Comisión de la Verdad sudafricana se creara hoy en día difícilmente sería considerada válida atendiendo al Ordenamiento Jurídico Internacional¹⁰³, no consideramos que el artículo 17 pueda ser empleado en estos casos. Además, resulta oportuno añadir que la CPI ha declarado que los procesos no judiciales harían el caso admisible en virtud del Estatuto de Roma¹⁰⁴.

Por todo ello, defendemos que ni el artículo 16, ni el 17 y mucho menos el 53 ER permiten interpretar que una amnistía aplicable a los responsables sobre los que ejerce su competencia la Corte pueda ser válida atendiendo al Estatuto. Por el contrario, cuando se han cometido los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, los Estados tienen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables y, en consecuencia, toda medida tendente a impedir el cumplimiento de este deber, como la aprobación de las aquí examinadas amnistías, sean o no condicionadas, deberían considerarse contrarias al Estatuto¹⁰⁵. En el punto que sigue a continuación examinaremos si la práctica de la CPI sustenta o no esta posición que mantenemos.

¹⁰⁰ Sobre la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica véase BOIS-PEDAIN, A., *Transitional amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; SARKIN, J., *Carrots and sticks: the TRC and the South African amnesty process*, Intersentia, Anwerp-Oxford, 2004; VILLA VICENCIO, C. and VERWOERD, W., *Looking back reaching forward: reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, University of Cape Town Press, South Africa, 2000.

¹⁰¹ HAYNER, P. B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Bellaterra, Barcelona, 2014, pp. 210 - 211.

¹⁰² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/24/42, de 28 de agosto de 2013, punto 46. En el mismo sentido véase *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, (HR/PUB/06/1), pp. 7 - 13.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 33 - 34; HAYNER, P. B., *Verdades silenciadas: la Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, *op.cit.*, pp. 210 - 211; SCHABAS, W., "Transitional Justice and the Norms of International Law", for presentation to the Annual meeting of the Japanese Society of International Law, Kwansai Gakuin University, 8 October 2011, p. 12 y p. 14; KEMP, S., "Alternative Justice Mechanisms, Compliance and Fragmentation of International Law" en VAN DEN HERIK, L. and STAHN, C. (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 260; ATWOOD, E. R., "In Pursuit of Restorative Justice: The South African Truth and Reconciliation Commission in Light of the Rome Statute for the International Criminal Court" en BACKER, L. C. (Ed.), *Harmonizing Law in an Era of Globalization: Convergence, Divergence, and Resistance*, Carolina Academic Press, USA, 2007, pp. 74 - 76; BISSET, A., *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 84 - 85.

¹⁰⁴ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019, punto 79.

¹⁰⁵ En contra de esta interpretación: AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", *op.cit.*, pp. 79 - 80; en fechas más recientes véase también AMBOS, K., "La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional" en AMBOS, K., CORTÉS RODAS, F. y ZULUAGA, J. (Coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Instituto de Filosofía de la Universidad de

2. La Corte Penal Internacional y la prohibición de las amnistías: las diversas posiciones que se vislumbran en su seno

En los primeros años de funcionamiento, cuando la Corte analizaba las amnistías en abstracto no dudaba en condenar enérgicamente las mismas en el caso de que alcanzaran a los crímenes internacionales sobre los que ejercía su competencia. Así, en las declaraciones genéricas, los diversos órganos de la Corte reiteraban que las amnistías estaban prohibidas en el caso de que se hubieran producido crímenes internacionales. Por ejemplo, en la estrategia de enjuiciamiento publicada para el período 2009-2012, la Oficina de la Fiscalía señaló que continuaría trabajando para que los acuerdos de paz excluyeran la amnistía respecto de los crímenes previstos en el ER¹⁰⁶.

Esta postura fue la que prevaleció también en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma que se celebró en Kampala en el año 2010. De hecho, el 2 de junio, se organizó un panel en torno al debate entre la paz y la justicia en el que se concluyó “que había quedado claro que el establecimiento de la CPI había dado lugar a un cambio de paradigma en el que la amnistía ya no era una opción para los crímenes más graves a que se refería el Estatuto de Roma”¹⁰⁷. Es más, no se dudó en defender que las amnistías, lejos de conducir a la paz, habían propiciado una mayor violencia¹⁰⁸. Además, ante el aumento de los mecanismos complementarios con los que hoy en día se aborda la comisión de crímenes internacionales, se añadió que la prohibición de las medidas de amnistía debía abarcar de manera íntegra al conjunto de estos mecanismos¹⁰⁹.

Sin embargo, las declaraciones eran algo más ambiguas cuando la Corte debía de examinar algún proceso concreto en el que se habían aprobado leyes de amnistía. Es más, a nuestro juicio, su actuación puede ser calificada, incluso, de algo superficial ya que, en ocasiones, se mantuvo como una mera espectadora sin actuar ante la promulgación de leyes de amnistía aplicables también a los crímenes internacionales sobre los que podría tener competencia, como podría haber ocurrido, por ejemplo, en Afganistán¹¹⁰.

Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Bogotá, 2018, p. 120.

¹⁰⁶ The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Hague, 1 February 2010, p. 12.

¹⁰⁷ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales. Publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2010, p. 5. Véase también el Anexo V b): Balance de la justicia penal internacional. Paz y justicia, punto 5.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibid.*, punto 23.

¹¹⁰ Ante la imposibilidad de detenernos en las vicisitudes de todos los casos que se han planteado ante la Corte, resulta imperativo seleccionar los que, a nuestro juicio, resultan más relevantes. En todo caso, nos parece oportuno dejar anotado que los posibles exámenes a realizar pueden ser mayores. Por ejemplo, es interesante conocer el alcance de la ley de amnistía adoptada por Uganda (Estado cuyos nacionales están siendo investigados ante la CPI). Para ello, puede acudirse, entre otros, a: Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Ottl, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Situation in Uganda. Amicus Curiae submitted pursuant to the Pre-Trial Chamber II “Decision on application for leave to submit observations under Rule 103” dated 5 November 2008. ICC-02/04-01/05-353, 18 November 2008. En la doctrina véase: MURPHY, R., “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, *Eyes on the ICC*, Vol. 33, No.1, 2006, pp. 33 - 55; BRADFIELD, P., “Reshaping Amnesty in Uganda: The Case of Thomas Kwoyelo”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 2017, pp.

En efecto, en este Estado, en el año 2007, se adoptó una ley de amnistía (“Law on public amnesty and national stability”¹¹¹), en vigor desde el 2009, mediante la que se otorgaba inmunidad a las partes sin exceptuar los crímenes internacionales¹¹². En el momento en el que se solicitó la apertura de la investigación ante la Corte, el Estado parecía defender que dicha Ley no impedía que las víctimas acudiesen a los tribunales y, por ello, añadía que se habían realizado determinados esfuerzos por parte del Gobierno de Afganistán para cumplir con las obligaciones que se derivaban del ER¹¹³. Sin embargo, organizaciones sobre el terreno planteaban serias dudas acerca de las posibilidades de las víctimas de acudir a la justicia, máxime cuando los presuntos perpetradores se mantenían en el Gobierno¹¹⁴. En definitiva, no parecía existir voluntad alguna por parte del Estado de enjuiciar a los presuntos responsables¹¹⁵.

Precisamente, estos hechos fueron confirmados en la Decisión de la Corte en la que decidía no autorizar el inicio de una investigación¹¹⁶. Concretamente, se reconocía que la información indicaba que no existían investigaciones o enjuiciamientos nacionales contra aquellas personas que pudieran ser los máximos responsables de haber cometido crímenes internacionales y, así mismo, se corroboraba la vigencia de la ley de amnistía que impedía el enjuiciamiento de todas las partes sin excepciones temporales ni materiales¹¹⁷.

Tras la constatación de estos extremos, no podemos sino preguntarnos la razón por la que la Corte no procedió a realizar una firme y contundente condena a propósito de la amnistía. Es más, si bien estos hechos llevaron a la Sala de Cuestiones Preliminares a defender que, en base al artículo 17 ER, la situación sería admisible ante la Corte¹¹⁸, lamentablemente, la Sala alegó el criterio del “interés de la justicia” para defender que no procedía la autorización del inicio de la investigación en el presente caso¹¹⁹. A pesar de

827 – 855; BAKAYANA, I., “Enforcing Uganda’s amnesty act (2000) within the context of the Rome Statute”, *East African Journal of Peace and Human Rights*, Vol. 13, Issue 2, 2007, pp. 321 – 333.

¹¹¹ Tal y como explica la Corte, esta Ley de amnistía se incorporó al acuerdo de paz entre el Gobierno de Afganistán y el grupo islámico Hezb-i, el 29 de septiembre de 2016 (Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 134 – 135, nota a pie de página 462).

¹¹² The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, p. 29. Puede profundizarse en el contenido de la ley acudiendo a: CARLSON, S. L., “To Forgive and Forget: How Reconciliation and Amnesty Legislation in Afghanistan Forgives War Criminals while Forgetting their Victims”, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Vol. 1, Issue 2, 2012, pp. 390 - 418.

¹¹³ Pre-Trial Chamber III: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, pp. 134 – 135, punto 272 y 273.

¹¹⁴ Afghanistan Justice Organization. “Transitional Justice in Afghanistan: ‘We should not repeat old issues’”, October 2013, pp. 2 - 4.

¹¹⁵ Afghanistan Analysis Network, Investigating Post-2003 War crimes: Afghan Government wants “one more year” from the ICC. 27 June 2017, p. 3.

¹¹⁶ Pre-Trial Chamber II: Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 12 April 2019, ICC-02/17-33.

¹¹⁷ *Ibid.*, punto 74.

¹¹⁸ *Ibid.*, punto 75.

¹¹⁹ *Ibid.*, puntos 87 – 96.

que, finalmente, la Sala de Apelaciones la acabó autorizando¹²⁰, no debe pasar desapercibido que, si no hubiera sido así, la Corte, implícitamente, hubiera legitimado la amnistía al decidir no autorizar la investigación, negando el derecho a la justicia de las víctimas.

Afortunadamente, en otras situaciones los pronunciamientos han sido, a nuestro juicio, algo más acordes con la verdadera razón de ser de la CPI. Por ejemplo, en el transcurso del examen preliminar de Colombia, la Oficina de la Fiscalía ha declarado que la obligación del Estado de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales, lejos de afirmarse únicamente en el ER, es “una norma establecida del derecho internacional consuetudinario”¹²¹. Para fundamentar su postura, la Fiscalía enumera un conjunto de pronunciamientos provenientes tanto de los órganos de las Naciones Unidas (informes del Secretario General de la ONU, las resoluciones de la Asamblea General o el Consejo de Derechos Humanos), como de sentencias dictadas por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos (concretamente, cita el caso de *La Masacre de El Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*¹²² de la CIDH y el caso *Marguš c. Croatia* del TEDH¹²³). La conclusión de la Oficina de la Fiscalía, en principio, parece evidente: existe un consenso general en torno a la prohibición de las amnistías en el caso de crímenes internacionales¹²⁴.

Dejando, por ahora, al margen el caso de Colombia -que será analizado en detalle en el siguiente punto-, conviene añadir que, el 5 de abril de 2019, fue la Sala de Cuestiones Preliminares la que analizó la cuestión de las amnistías en el caso de Gadafi¹²⁵. En esta ocasión, si bien el conjunto de pronunciamientos de órganos internacionales que cita es mayor, la conclusión a la que se llega es la misma: existe una prohibición de amnistiar los crímenes internacionales¹²⁶. Es más, extiende esta prohibición a los indultos ya que, añade, las dos medidas pueden propiciar la impunidad¹²⁷.

Con la finalidad de contextualizar el caso conviene precisar que, debido a la escasa información publicada, la Oficina de la Fiscalía tuvo dificultades para dilucidar si Libia había adoptado o no una ley de amnistía e, incluso, qué personas se habían beneficiado

¹²⁰ Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-138, 5 march 2020.

¹²¹ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre 2017, punto 35.

¹²² Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012.

¹²³ Marguš c. Croatia, Sentencia (Fondo y justa satisfacción), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 2012.

¹²⁴ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, punto 36.

¹²⁵ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662

¹²⁶ *Ibid.*, punto 61 y 77.

¹²⁷ *Ibid.*, punto 61.

de dicha medida¹²⁸. Sin embargo, incluso ante estas ambigüedades, la Fiscalía insistió en que una amnistía no impediría que la Corte ejerciera su jurisdicción sobre las personas que, presumiblemente, hubieran cometido un crimen internacional¹²⁹.

Esta incertidumbre parecía sobrevolar también en la Decisión sobre la admisibilidad del caso¹³⁰. En ella, se analizó la “Law 6/2015 on General Amnesty”¹³¹, aprobada el 7 de septiembre de 2015, en la que, en el primero de los artículos, se disponía que todos los libios que hubieran cometido algún crimen en el período que va desde el 15 de febrero de 2011 hasta la promulgación de la ley, se beneficiarían de una amnistía general¹³². Si bien, la información de la que disponía la Corte no le permitía concluir si la amnistía fue otorgada o no a Gadafi, añadía que este hecho no era determinante a la hora de analizar la admisibilidad del presente caso¹³³. Así, tras reiterar que los crímenes contra la humanidad nunca pueden estar amparados ni por las medidas de amnistía ni por los indultos -ya que va en contra de las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes y, además, vulnera los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación- concluyó que la Ley de amnistía era incompatible con el Derecho Internacional¹³⁴.

Para ello, la Sala de Cuestiones Preliminares, tras advertir que debe interpretar el Estatuto de manera consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹³⁵, recuerda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cita los casos de *La Masacre de El Mozote contra El Salvador*¹³⁶, *Gomes Lund contra Brasil*¹³⁷, *Almonacid Arellano contra Chile*¹³⁸, *Gelman contra Uruguay*¹³⁹ y, cómo no, el clásico *Barrios Altos contra Perú*¹⁴⁰), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

¹²⁸ De hecho, en un principio, la Fiscalía no tenía un conocimiento preciso en torno a si Gadafi, por ejemplo, había sido liberado gracias a la misma (Twelfth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 9 November 2016, punto 6).

¹²⁹ *Ibid.*, punto 8.

¹³⁰ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662.

¹³¹ La traducción al inglés de la citada ley puede consultarse en: ICC-01/11-01/11-650-AnxIII-tENG, disponible online en: <http://www.legal-tools.org/doc/2c966c/pdf/>

¹³² El artículo tercero exceptuaba del ámbito de aplicación de la ley determinados hechos como, por ejemplo, las desapariciones forzadas o tortura.

¹³³ Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, punto 57.

¹³⁴ *Ibid.*, puntos 61, 77 y 78.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Case of the Massacres of El Mozote and Nearby Places v. El Salvador (Merits, reparations and costs), Judgment of 25 October 2012.

¹³⁷ Gomes Lund et al. (“Guerrilla Do Araguaia”) v. Brazil (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Judgment of 24 November 2010.

¹³⁸ Case of Almonacid-Arellano et al v. Chile (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Judgment of 26 September 2006.

¹³⁹ Case of Barrios Altos (Merits), Judgment of 14 March 2001.

¹⁴⁰ IACHR, Gelman v. Uruguay (Merits and Reparations), Judgment of 24 February 2011

Humanos (reitera el caso *Marguš c. Croatia*¹⁴¹ y cita los casos de *Okkah vs Turkey*¹⁴² y *Yeşil and Sevim v. Turkey*¹⁴³) y añade las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (cita los ejemplos del *Mouvement Ivoirien des Droits Humains*¹⁴⁴, *Malawi African Association et al.*¹⁴⁵ y *Zimbabwe Human Rights NGO Forum*¹⁴⁶), menciona el caso *Hugo Rodríguez c Uruguay*¹⁴⁷ conocido por la Comisión de Derechos Humanos y, finalmente, completa este análisis con las sentencias del Tribunal Internacional penal para la antigua Yugoslavia (concretamente, cita los casos *Erdemovic*¹⁴⁸ y *Furundžija*¹⁴⁹), de la Corte Especial para Sierra Leona (analiza el caso *Morris Kallon et al.*¹⁵⁰) y las Salas Especiales de Camboya (caso *Ieng Sary*¹⁵¹).

Tras este minucioso estudio, la conclusión de la Sala de Cuestiones preliminares de la CPI parece no dejar lugar a dudas:

“It follows that granting amnesties and pardons for serious acts such as murder constituting crimes against humanity is incompatible with internationally recognized human rights. Amnesties and pardons intervene with States’ positive obligations to investigate, prosecute and punish perpetrators of core crimes. In addition, they deny victims the right to truth, access to justice, and to request reparations where appropriate”¹⁵².

No obstante, y de una manera un tanto sorprendente, la Sala de Apelaciones, al pronunciarse sobre la impugnación de la Decisión por parte de Gadafi, parece cuestionar esta prohibición. De hecho, y sin proporcionar mayores explicaciones¹⁵³, ha llegado a argumentar que “international law is still in the developmental stage on the question of

¹⁴¹ *Marguš v. Croatia* (Application no. 4455/10), Judgment of 13 November 2012.

¹⁴² *Okkali v. Turkey*, (Application no 52067/99), Judgment of 17 October 2006.

¹⁴³ *Yeşil and Sevim v. Turkey*, (Application no. 34738/04), Judgment of 5 June 2007.

¹⁴⁴ *Mouvement Ivoirien des Droits Humains (MIDH) v Cote d’Ivoire*, Communication No. 246/02, Decision, 29 July 2009.

¹⁴⁵ *Malawi African Association et al. v. Mauritania*, Communication No. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, Decision, 11 May 2000.

¹⁴⁶ *Zimbabwe Human rights NGO Forum*, Communication No. 245/2002, Decision, 15 May 2006, paras 196.

¹⁴⁷ *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, Communication No. 322/1988, 9 August 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988.

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgment, 29 November 1996, IT-96-22-T, para. 28.

¹⁴⁹ *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment. 10 December 1998, IT-95-17/1-T, paras 141, 155-156.

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Morris Kallon et al.*, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004, SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), para. 67.

¹⁵¹ Decision on Ieng Sary’s Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon), 3 November 2011, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC; Decision on Ieng Sary’s Appeal against the Closing Order, 11 April 2011, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/OCIJ (PTC75).

¹⁵² Pre-Trial Chamber I, Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the ‘admissibility challenge’ by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662, punto 77.

¹⁵³ La razón obedece a que, a su juicio, los pronunciamientos de la Sala de Cuestiones Preliminares en torno a la compatibilidad de la Ley de amnistía con respecto al Derecho Internacional son *obiter dicta* (*Ibidem*).

acceptability of amnesties”¹⁵⁴. Es más, considera que, incluso, esta opinión fue la prevaleció en la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares¹⁵⁵.

A nuestro juicio, atribuir a la Sala de Cuestiones Preliminares esta posición resulta erróneo ya que, como los pronunciamientos arriba citados corroboran, el rechazo de ésta para con las amnistías resulta evidente, extremo que ha sido defendido también por la Jueza Ibáñez Carranza en una opinión concurrente publicada el 21 de abril de 2020¹⁵⁶. Precisamente, en ella, además de realizar un excelente estudio de la situación de las amnistías desde el punto de vista del Derecho Internacional¹⁵⁷, muestra las incongruentes consecuencias que conllevaría defender su legalidad atendiendo al objetivo y finalidad del Estatuto de Roma¹⁵⁸. Es más, se pronuncia sobre las amnistías condicionadas que se debaten en contextos de justicia transicional y demuestra lúcidamente como éstas tampoco podrían alcanzar, a su juicio, a los crímenes internacionales¹⁵⁹. Por todo ello, mostramos muestra más absoluta conformidad con las conclusiones alcanzadas en las que afirma que “amnesties for atrocious international crimes would effectively bar States from investigating, prosecuting and punishing those responsible for such atrocities (...). Such amnesties are therefore incompatible with international criminal law treaties, and particularly with the object and purpose of the Rome Statute. They are therefore incompatible with international criminal law for crimes under the Court’s subject-matter jurisdiction”¹⁶⁰.

En definitiva, tras el análisis de estos primeros pronunciamientos de las Salas de la Corte, la principal conclusión que cabe extraer es que, en el seno del órgano internacional, tampoco parece existir un consenso absoluto en torno al alcance de las amnistías. Si bien es cierto que los pronunciamientos se hallan más elaborados que en declaraciones previas, creemos que las Salas deberían de haber realizado una aproximación a la materia mucho más ambiciosa¹⁶¹. No obstante, por el momento, no se ha hecho sino posponer un mayor debate que, en un futuro no muy lejano, deberá de abordarse exhaustivamente.

¹⁵⁴ Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgement on the appeal of Mr. Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”’ of 5 April 2019, ICC-01/11-01/11-695, 9 March 2020, punto 96.

¹⁵⁵ *Ibidem*. Y es que, señala que “the Pre-Trial Chamber appears to have accepted this”.

¹⁵⁶ Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza on the Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”’, ICC-01/11-01/11-695-AnxI, 21 April 2020.

¹⁵⁷ *Ibid.*, puntos 25 – 144.

¹⁵⁸ *Ibid.*, punto 6 y 129 – 136.

¹⁵⁹ *Ibid.*, puntos 115 – 124.

¹⁶⁰ *Ibid.*, punto 138.

¹⁶¹ Por ejemplo, lejos de citar y enumerar la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, consideramos que debería de haberse basado en los artículos 16, 17 y 53 del ER (recordemos que son estos preceptos los que se emplean a la hora de legitimar las actuales medidas de amnistía) para fundamentar su posición. Es más, podría haber dado a conocer su posición en torno a las amnistías “condicionadas” que actualmente se debaten.

De hecho, y como comprobaremos a continuación, el Estado con uno de los procesos de justicia transicional más relevantes en la actualidad, Colombia, adoptó, el 30 de diciembre de 2016, una Ley de amnistía¹⁶² que, si bien “parece” excluir los crímenes internacionales de su ámbito de aplicación, no deja de ser llamativo el amplio alcance de la medida y que, en última instancia, permite que sólo unas personas vayan a ser enjuiciadas ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Ante esta situación, veremos cuál ha sido la actuación de la CPI, al ser el órgano internacional con mayor capacidad para influir en el devenir de este interesante debate.

IV. EL AMPLIO ALCANCE DE LA IMPUNIDAD EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL MEDIANTE EL EJEMPLO DE COLOMBIA

1. La exclusión de los crímenes internacionales de la Ley de amnistía

El *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, firmado el 24 de noviembre de 2016, entre el Gobierno colombiano y las FARC, tomando como referencia el artículo 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra y fiel a la declaración realizada al ratificar el ER¹⁶³, preveía la posibilidad de otorgar la amnistía más amplia posible a aquellas personas que hayan cometido “el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos”¹⁶⁴. Sin embargo, excluía expresamente del alcance de la futura ley de amnistía “los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática- (...) todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”¹⁶⁵. Dado que es, precisamente, la legislación de desarrollo el marco normativo que opera en Colombia, pese a tener su origen en el Acuerdo final de paz, emplearemos el texto de la Ley de amnistía¹⁶⁶ para llevar a cabo el estudio.

De entrada, conviene aclarar que la Ley de Amnistía es una medida más del *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*¹⁶⁷ y, en consecuencia, no puede entenderse sin tomar en consideración el resto de componentes creados por el Estado colombiano en el marco de la justicia transicional, en especial la Jurisdicción Especial

¹⁶² Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

¹⁶³ Consúltese la declaración realizada por Colombia cuando ratificó el Estatuto de Roma en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en#EndDec

¹⁶⁴ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, puntos 10, 23-24 y 37-39. Es más, añadía en el punto 27 que la amnistía no eximía “del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad”.

¹⁶⁵ Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, punto 40.

¹⁶⁶ Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, *op.cit.* Sobre esta Ley se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018 por la que se examina la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 en la que la declaró, en términos generales, constitucional (salvo determinadas expresiones que indicaremos a lo largo del apartado).

¹⁶⁷ Artículo 6 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

para la Paz (JEP)¹⁶⁸ y el resto de medidas complementarias que se prevén como, por ejemplo, la contribución al esclarecimiento de la verdad o la reparación de las víctimas¹⁶⁹. Una vez realizada esta aclaración, y volviendo a la Ley de amnistía, conviene añadir que ésta “tiene por objeto regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”¹⁷⁰. Es decir, los agentes del Estado¹⁷¹, a pesar de que no pueden optar a la amnistía¹⁷², tienen derecho a un “tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo”¹⁷³ que, en el fondo, para el análisis que vamos a realizar, se halla sujeto a similares condiciones¹⁷⁴ y, fundamentalmente, produce una similar consecuencia jurídica que la ley de amnistía¹⁷⁵: la renuncia a la acción penal¹⁷⁶,

¹⁶⁸ La JEP define como una “una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos” (Acuerdo final para la terminación del conflicto... *op.cit.*, Punto V, párrafo 9).

¹⁶⁹ Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, dispone que la concesión de las amnistías “no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz”. Precisamente, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que, siempre y cuando excluyan determinados delitos y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición, es decir, siempre y cuando las amnistías se hallen sujetas a determinadas condiciones, éstas pueden ser respetuosas con el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar (Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018, *op.cit.*, puntos 393 – 395 y 650 – 707).

¹⁷⁰ Artículo 1 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. El tema de los delitos políticos y su relación con las medidas de amnistía ha sido analizado en: TRAVESÍ, F. y RIVERA, H., “Delito político, amnistías e indultos: alcances y desafíos”, ICTJ, marzo de 2016.

¹⁷¹ El tratamiento especial previsto para los agentes del Estado se regula en el Decreto Ley 706 de 3 de mayo de 2017 “por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones”. Este Decreto fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-070/18 que, adelantamos, lo declaró constitucional. Si se quiere profundizar en las razones por las que se optó por este tratamiento especial y las graves consecuencias jurídicas que acarrea acúdase a: HRW, “Informe mundial: Colombia”, 2018; HRW, “Un limbo de impunidad para los generales”, 9 de julio de 2018; Informe 2017/2018 de Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.

¹⁷² Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, sobre el Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”, pp. 218 – 220. Acúdase a las explicaciones proporcionadas por ciertos especialistas sobre este tema en: AMBOS, K., “La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, *op.cit.*, pp.132 – 134; AKSENOVA, M., “The ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice”, en BERGSMO, M. and STAHN, C. (Eds.), *Quality control in preliminary examination: Volume I*, TOAEP, Burssels, 2018, p. 278; BARBOSA, F., *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Editora Géminis, Bogotá, 2017, p. 190.

¹⁷³ Artículo 9 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 50 que regula la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

¹⁷⁵ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*

¹⁷⁶ Artículo 41 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Consúltense también el artículo 42 que versa sobre los efectos que produce la renuncia a la acción penal y el artículo 43 relativo a los efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

salvo, entre otros, en los “delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra”¹⁷⁷.

Por otra parte, conviene precisar que la Ley diferencia¹⁷⁸ entre lo que denomina “amnistías de iure”¹⁷⁹ y las amnistías concedidas por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP¹⁸⁰. Al margen de las notables diferencias en el proceso para el otorgamiento de las amnistías en uno u otro caso, ambos limitan su alcance, en principio, a los delitos políticos y conexos, ya que la Ley excluye de la amnistía, entre otros, a “los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra”¹⁸¹, entendiendo por éstos últimos, “toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”¹⁸².

Cuando se dio a conocer el Acuerdo final de paz, la Oficina de la Fiscalía no dudó en publicar, con cierto entusiasmo, que notaba “con satisfacción que el texto final del acuerdo de paz excluye amnistías e indultos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma”¹⁸³. Sin embargo, un análisis más profundo del texto de la norma le llevó unos meses después a apreciar que el examen que se requería era, en realidad, mucho mayor. Y es que, por una parte, tanto el Acuerdo de paz como la legislación de desarrollo (es decir, la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016¹⁸⁴ y los

¹⁷⁷ Artículo 46 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Esta calificación debe realizarla la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP (artículo 44).

¹⁷⁸ Para profundizar en las diferencias en el proceso entre ambos tipos de amnistía, acúdase a la Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018 por la que se examina la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, puntos 604 y siguientes.

¹⁷⁹ Capítulo I del Título II de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. A grandes rasgos podemos señalar que se aplican a los delitos políticos y conexos con los mismos y para cuya implementación se crea un procedimiento especial. Ahora bien, sin perjuicio de que no podamos detenernos en las vicisitudes de este procedimiento especial, conviene dejar apuntado que nos son pocas las dudas que genera el mismo en especialistas de reconocido prestigio. Por ello, llegados a este punto, nos remitimos al trabajo de uno de los expertos que ha abordado, hasta el momento, este tema con mayor profundidad: AMBOS, K., “La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, *op.cit.*, pp. 146 – 148.

¹⁸⁰ Capítulo II del Título I de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Véase también la regulación sobre el procedimiento ante esta Sala prevista en la Ley 1922, de 18 de julio de 2018, “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, especialmente el Capítulo primero del Título tercero del Capítulo cuarto de la citada Ley. Según la Ley de amnistía, esta Sala conocerá de “todos los casos que no sean objeto de una amnistía de iure” (artículo 21) en base al procedimiento previsto en el artículo 25 de la Ley, es decir, otorgará las amnistías “con fundamento en el listado o recomendaciones que recibirá (...) por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas” (artículo 25).

¹⁸¹ Artículo 23 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army. 1 September 2016. Declaraciones muy similares a las realizadas en: The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2015. 12 November 2015, punto 35.

¹⁸⁴ Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016, *op.cit.* Sobre esta Ley se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018 por la que se examina la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 en la que la declaró, en términos generales, constitucional (salvo determinadas expresiones que indicaremos a lo largo del apartado).

Decretos publicados¹⁸⁵) recogen una definición de crimen de guerra que no respeta plenamente el Derecho Internacional. En efecto, como acertadamente señaló la Fiscal de la Corte, la definición de los “graves crímenes de guerra” podría ser inconsistente con el ER¹⁸⁶ ya que:

“el requisito legal de que la conducta haya sido cometida de forma sistemática podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares en favor de individuos responsables por crímenes de guerra que, si bien no fueron cometidos en forma sistemática, podrían no obstante estar abarcados por la jurisdicción de la CPI. Un resultado así podría tornar admisible ante la CPI cualquier caso o casos que quedara(n) sin abordar – producto de la inacción nacional o la falta de disposición o de capacidad del Estado en cuestión de llevar realmente a cabo los procesos – y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario.”¹⁸⁷

Por ello, y debido a la intensa campaña internacional en torno a la incorrecta definición de los crímenes de guerra, la más reciente legislación de desarrollo del Acuerdo de paz ha acabado corrigiendo este notable defecto¹⁸⁸. Sin embargo, y tal y como comprobaremos a continuación, son otras las vías por las que la Ley de amnistía que aquí examinamos puede continuar vulnerando, a nuestro juicio, el Derecho Internacional.

2. La renuncia a la acción penal en los casos no amparados por la amnistía: un obstáculo (más) para la justicia penal

Como hemos señalado previamente, los crímenes internacionales no pueden ser objeto de amnistía y, por ello, deben someterse a la JEP. Pues bien, esta Jurisdicción se compone de diversas Salas en las que, como es lógico, es necesario seleccionar los casos de los que entrará a conocer¹⁸⁹. Si bien reconocemos que la selección es imprescindible ante la

¹⁸⁵ Si bien es especialmente relevante el Decreto 277, de 17 de febrero de 2017, “por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 `por medio del cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y se dictan otras disposiciones” - que, básicamente, regula la amnistía de iure y el régimen de libertad condicionada y sobre el que también se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-025/18 que analiza la constitucionalidad del Decreto 277 de 17 de febrero de 2017 por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, *op.cit.*)-, han sido muchos más los decretos publicados.

¹⁸⁶ The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2017. 4 December 2017, punto 144.

¹⁸⁷ *Ibid.*, 146. Este punto lo volvió a examinar con mayor detalle en un escrito de *amicus curiae* que envié, el 18 de octubre de 2017, a la Corte Constitucional de la República de Colombia (Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*). No obstante, las conclusiones fueron las mismas: tras reiterar que las amnistías respecto de los crímenes internacionales son inaceptables (*Ibid.*, punto 36), añadió que la definición de sistematicidad prevista en los crímenes de guerra vulneraba la legalidad internacional y podría hacer la situación admisible ante la Corte (*Ibid.*, punto 33 y 38).

¹⁸⁸ Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, artículo 41 y 81 – 83 relativos al proceso ante la Sala de Amnistía e indultos.

¹⁸⁹ Acúdase al Título V de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, para conocer la forma en la que se halla organizada la JEP.

masividad de crímenes que se han cometido en el transcurso del conflicto, resultan un tanto llamativos los criterios establecidos para proceder a esta labor.

Y es que, tal y como señala el artículo 19 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019¹⁹⁰, “la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”¹⁹¹. Ahora bien, el segundo párrafo de este precepto viene a matizar esta renuncia a la acción penal al prever que: “en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables”.

Empezando por este segundo párrafo, debemos reconocer que, en efecto, los delitos no amnistiables (es decir, los crímenes internacionales) deben ser investigados y enjuiciados en la JEP. No obstante, si el legislador faculta a esta Jurisdicción a seleccionar los casos objeto de enjuiciamiento en base a la “participación determinante”, obviamente, se producirá la renuncia a la acción penal de delitos no amnistiables. Precisamente, estas incongruencias las reconoció la propia Corte Constitucional ya que, como correctamente señala, “este párrafo hace inocua la facultad de selección”¹⁹². Sin embargo, al mismo tiempo, realizó esta controvertida interpretación:

“es necesario condicionar la expresión “*delitos no amnistiables*” en el sentido de que hace referencia exclusivamente a aquellos delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables. Así las cosas, en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de máximos responsables de delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.”¹⁹³

Como cabe apreciar, además de volver a definir erróneamente los crímenes de guerra, la Corte Constitucional legitima renunciar a ejercer la acción penal sobre todos aquellos responsables de haber cometido crímenes internacionales siempre y cuando no tengan la condición de “máximos responsables”. Es decir, este modelo de justicia transicional, a pesar de que parece excluir los crímenes internacionales de la ley de amnistía, en el fondo, acaba por limitar el alcance de la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar estos ilícitos permitiendo la renuncia a la acción penal de ciertas personas. Una opción que, sin embargo, es apoyada por la Corte Constitucional ya que, a juicio de los magistrados, “el sustrato del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos

¹⁹⁰ Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Pueden consultarse también los artículos 28.7, 28.8, 28.10, 30.1 y 31 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016.

¹⁹¹ Artículo 19 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019.

¹⁹² Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 388.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 389.

humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario consiste exclusivamente en la criminalización efectiva de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos”¹⁹⁴.

Obsérvese que el resultado que la renuncia a la acción penal va a producir es prácticamente el mismo que el previsto para la amnistía: entre otros, la extinción de “la acción y la sanción penal”¹⁹⁵. Por ello, consideramos que, a pesar de que no se le otorgue la denominación de “amnistía”, a través de esta vía indirecta se acaba excluyendo del alcance de la justicia *penal* a un número considerable de presuntos responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la CPI. Es cierto que la Ley establece ciertas condiciones para que se pueda producir la renuncia a la acción penal como, por ejemplo, contribuir al esclarecimiento de la verdad¹⁹⁶. Ahora bien, resulta innegable que la justicia *penal* queda prácticamente excluida para con cierta categoría de personas, lo que, a nuestro juicio, podría vulnerar el Derecho Internacional que, conviene precisar, no limita la responsabilidad penal individual a una concreta categoría de personas¹⁹⁷. Sin embargo, no es esta la opinión que le merece a la Corte Constitucional el modelo creado ya que, como ha sentenciado “es admisible aplicar renunciaciones condicionadas a delitos no amnistiables”¹⁹⁸. Ante la seguridad con la que se manifiesta la Corte Constitucional colombiana, cabe preguntarse dónde se halla el fundamento jurídico que permite una interpretación semejante ya que, en nuestra opinión, los argumentos aducidos son, cuanto menos, debatibles.

Precisamente, por esta razón, nos parece llamativo que, en un primer momento, la Oficina de la Fiscalía de la CPI se centrara en la definición de “graves crímenes de guerra” e indicara que éste era uno de los aspectos¹⁹⁹ que podría vulnerar el ER. A nuestro juicio,

¹⁹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-674, de 14 de noviembre de 2017, punto 5.5.1.4.

¹⁹⁵ Artículo 42 de la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016. Compárese este artículo con el 41 donde se regulan los efectos de la amnistía.

¹⁹⁶ Parágrafo 1 del artículo 19 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019. En consecuencia, esta cesión podría no afectar a otros derechos internacionalmente reconocidos como el derecho de las víctimas a la verdad o a la reparación.

¹⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014, punto 58; ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 103; Oficina del Fiscal de la CPI. Situación en Colombia: Reporte Intermedio. Noviembre 2012, punto 156; Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, The Hague, 14 September 2006, pp. 5 – 6.

¹⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, p. 389. Por si pudiera resultar de interés, la cita completa de la Corte es la siguiente: “es correcto afirmar que no está permitida la renuncia incondicional a la acción penal frente a violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. La renuncia incondicional extingue la acción penal, equiparándola a la amnistía. Pero, en tanto excepcional, y bajo la necesidad de acudir a estrategias que permitan efectivamente investigar y sancionar a los máximos responsables, en un contexto masivo de violaciones y con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de la sociedad, es admisible aplicar renunciaciones condicionadas a delitos no amnistiables”.

¹⁹⁹ Ahora bien, quisiéramos dejar anotado que la Fiscalía no solo condena la definición de graves crímenes de guerra, sino que se refiere a otras cuestiones como, por ejemplo, el régimen de sanciones, la definición de responsabilidad de mando e, incluso, la expresión participación determinante en los hechos, si bien no la vinculaba con la ley de amnistía sino con el Acto Legislativo 01 aprobado por el Estado (Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities, 4 December 2017, puntos 143 – 148).

al permitir la renuncia “condicionada” al ejercicio de la acción penal ante la comisión de crímenes internacionales, se está produciendo una mayor vulneración del Derecho Internacional. Por ello, no comprendemos cómo, en general²⁰⁰, no se ha condenado con mayor dureza el alcance más amplio que tiene la Ley de amnistía ni por parte de la CIDH²⁰¹, ni en los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana²⁰², ni por la doctrina que se ha pronunciado sobre este punto²⁰³, ya que todos parecen reducir la crítica a la incorrecta definición de los crímenes de guerra.

Por lo que respecta a la CPI, es cierto que ésta se acabó posicionando sobre el criterio de la selección de casos previsto por la legislación colombiana y señaló que “las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando éstas hayan sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable”²⁰⁴. Sin embargo, y pese a esta advertencia, llama la atención que no se haya insistido con mayor determinación en este punto.

²⁰⁰ Debemos exceptuar de este grupo a las constructivas críticas vertidas por la organización *Human Rights Watch* (HRW, Carta al Presidente Santos sobre la ley de amnistía, 25 de diciembre de 2016).

²⁰¹ Paradójicamente, ha sido la Comisión la que en menor medida ha condenado la ley de amnistía colombiana. Y es que, en sus informes anuales, simplemente parece limitarse a realizar una mera descripción objetiva de los hechos sin entrar en un análisis pormenorizado del alcance de la ley. Véase, por ejemplo, cómo se refiere a la amnistía en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2016, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 15 marzo 2017, punto 135; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2017, Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. OEA/Ser.L/V/II., 31 diciembre 2017, punto 128.

²⁰² La Corte Constitucional colombiana señaló que la referencia a los “graves crímenes de guerra” y la definición de los mismos como cometidos de manera “sistemática”, “se aparta de los conceptos ya decantados en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, generando una indeseable incertidumbre, que puede conducir a la vulneración del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario” (Sentencia de la Corte Constitucional C-007/18 de 1 de marzo de 2018, punto 513). Por ello, en los puntos 513 – 523 de la Sentencia declara la inconstitucionalidad de la expresión graves y sistemático. Unos meses después, el 15 de agosto de 2018, la Corte Constitucional se pronunció sobre el Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*” en la que se vuelve a pronunciar sobre esta cuestión (Sentencia de la Corte Constitucional C-80 de 15 de agosto de 2018, sobre el Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”, comentarios al artículo 42 y al artículo 45).

²⁰³ AMBOS, K., “La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, *op.cit.*, pp. 119 – 166. Elena Maculan, por su parte, se refiere a la Ley como una amnistía democrática, condicionada y de carácter bilateral y, por ello, parece restar importancia a la definición que realiza de los crímenes internacionales, véase: MACULAN, E., “El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”, *Cuadernos de estrategia (Ministerio de Defensa)*, N° 189 dedicado a: El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal, 2017, pp. 111 - 115.

²⁰⁴ Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, *op.cit.*, punto 54.

En efecto, una vez la Corte Constitucional se hubo pronunciado sobre la incorrecta definición de los crímenes de guerra, el Fiscal adjunto de la CPI, tras constatar estos hechos, no pudo sino observar con optimismo la Sentencia del Tribunal²⁰⁵ que, a su juicio, “apoya, incidentalmente, la postura de la Fiscalía”²⁰⁶ y se ajusta a la legalidad internacional²⁰⁷. Es más, en los posteriores pronunciamientos, no se vuelve a llamar la atención sobre la renuncia a la acción penal en aquellos casos no amparados por la ley de amnistía, es decir, en aquellos casos que atañen a los crímenes internacionales sobre los que podría ejercer su competencia la CPI²⁰⁸. Por ello, nos preguntamos si este silencio podría interpretarse como una tácita aceptación al modelo de justicia transicional creado por el Estado colombiano.

En definitiva, este caso nos permite apreciar que si bien, de entrada, una amnistía parece excluir los crímenes internacionales del ámbito de su competencia, una breve aproximación a la letra pequeña puede llevar a un resultado similar ya que, bajo la renuncia “condicionada” a la acción penal, se está permitiendo que muchos de los responsables de haber cometido crímenes internacionales sobre los que podría ejercer su competencia la Corte eludan la justicia *penal*. Siendo éste el estado de la cuestión, nos preguntamos si el Derecho Internacional ha avanzado o, por el contrario, ha acabado retrocediendo en el objetivo de erradicar la impunidad mediante el establecimiento de ciertas “condiciones” al alcance de las amnistías.

²⁰⁵ Mr. James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: "El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia", Conferencia organizada por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá y la Universidad EAFIT en Medellín. Bogotá y Medellín, Colombia, 30 - 31 de mayo de 2018, punto 126.

²⁰⁶ *Ídem*, punto 130.

²⁰⁷ *Ídem*, punto 131.

²⁰⁸ Es más, en el último examen preliminar, publicado el 5 de diciembre de 2019, lo que se aprecia es una posición muy indulgente por parte de la Oficina de la Fiscalía. Y es que, lejos de continuar insistiendo en los aspectos más polémicos del modelo de justicia transicional ideado por el Estado colombiano, se limita a expresar su apoyo al declarar, por ejemplo, que “las autoridades colombianas parecen haber avanzado hacia el cumplimiento de su deber de investigar y enjuiciar conductas que constituyan crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad con arreglo al Estatuto de Roma” (OTP – ICC, Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2019, 5 de diciembre de 2019, punto 132).

V. CONCLUSIONES

En el transcurso de los conflictos armados o de las dictaduras continúan perpetrándose los crímenes más graves que afectan a la humanidad. Afortunadamente, en la actualidad, al implementar los procesos de justicia transicional, se pone el foco de atención en las víctimas con la finalidad de repararlas por los daños sufridos²⁰⁹. Ahora bien, el hecho de que se asuma un discurso basado en la garantía de sus derechos²¹⁰ no nos debe hacer obviar los intentos por garantizar cierta impunidad a quienes cometen los crímenes internacionales.

Si bien, todavía hoy, se discute la existencia de una prohibición absoluta de amnistiar los crímenes internacionales, la práctica parece apuntar hacia el establecimiento de ciertos límites en el alcance de estas medidas. De hecho, ésta puede ser una de las razones por las que son cada vez más escasas las ocasiones en las que se anuncia expresamente la aprobación de una amnistía que alcanzará a todos los responsables que hayan cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la CPI. Y es que, una declaración semejante pondría al Estado en cuestión ante la atenta mirada de un conjunto de órganos internacionales y de la propia Corte.

Por esta razón, consideramos que, en la actualidad, los interesados en eludir la acción de la justicia tratan de justificar determinadas medidas de impunidad bajo otras denominaciones como, por ejemplo, la “renuncia condicionada al ejercicio de la acción penal” o añaden ciertos requisitos a las amnistías con el propósito de darles una mayor legitimación jurídica. No obstante, sea de una u otra manera, el efecto que se produce no es muy diferente al que lograban las originarias amnistías: impedir que algunas de las personas que han cometido los crímenes de guerra, de genocidio o contra la humanidad respondan por sus actos ante órganos de justicia *penal*.

Este proceder, a nuestro juicio, es contrario al Derecho Internacional ya que defendemos que, efectivamente, existe una obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables que han cometido un crimen internacional. Atendiendo a la lógica, la

²⁰⁹ Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, *op.cit.*, punto 18; Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, párr. 54 – 57. En la doctrina puede consultarse: MENDEZ, J. E., “Victims as protagonist in transitional justice”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 10, 2016, pp. 1 - 5. Por otra parte, para profundizar en los derechos de los que son titulares las víctimas véase también: Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147).

²¹⁰ Obsérvese, por ejemplo, como se alude a la satisfacción de los derechos de las víctimas en el caso colombiano en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, p. 144. Consúltense también los artículos 3 y 13 de la Ley No. 1957, de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” o el primer capítulo del Acto Legislativo No. 1, de 4 de abril de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

vigencia de esta obligación debería implicar que toda medida dirigida a impedir su cumplimiento debería ser contraria al Derecho Internacional. Por ello, no consideramos que sea correcto defender que el establecimiento de ciertas “condiciones” conlleven automáticamente que una amnistía -o una medida similar- sea válida. Y es que, insistimos, si el resultado que provoca sigue siendo la renuncia a ejercer la acción penal respecto de los responsables de los crímenes internacionales, resulta contradictorio justificar que se esté cumpliendo la legislación internacional.

Ahora bien, somos plenamente conscientes de las dificultades inherentes a los procesos de transición y reconocemos que, en la práctica, no es viable que *todos* los implicados en la comisión de los crímenes internacionales respondan ante la justicia. Es decir, nunca se va a dar un cumplimiento íntegro a la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables. Ante esta situación, hemos comprobado que los más resolutivos optan por limitar su alcance afirmando que esta obligación únicamente resulta exigible a los máximos responsables. Sin embargo, como ha señalado la Fiscalía de la Corte, el hecho de que ésta, por regla general, se centre en esta categoría de personas no significa que los Estados puedan hacer lo propio²¹¹. Es decir, su política de selección de casos, centrada en los máximos responsables, no debe equipararse con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional y que imponen a los Estados unos deberes específicos que no se circunscriben a un nivel de responsabilidad penal concreto²¹².

En consecuencia, reconocemos que nos hallamos ante un complejo dilema al que resulta imperativo y urgente darle una respuesta jurídica adecuada. Plantear este debate no implica que se deba retroceder en el objetivo de poner fin a la impunidad con la que se cometen, todavía hoy, los crímenes internacionales. Se trata de reflexionar sobre el abismo que separa el sentido literal de las normas internacionales de su aplicación en los complejos procesos de transición y, consecuentemente, examinar críticamente si la aceptación de las amnistías u otras renuncias “condicionadas” al ejercicio de la acción penal son la mejor solución jurídica.

En definitiva, es legítimo cuestionar si el Derecho Internacional Penal tiene la respuesta a las actuales demandas de las sociedades en transición y, en el caso de responder negativamente, plantear su modificación o actualización. Sin embargo, en tanto en cuanto no se aborde con el máximo rigor jurídico este debate, defendemos que las “medidas condicionadas” seguirán siendo contrarias al Derecho Internacional ya que, por muchas “condiciones” que se prevean si el resultado sigue siendo el mismo que el que lograban las clásicas amnistías -es decir, no investigar ni enjuiciar los crímenes internacionales-, los Estados no estarán cumpliendo con el deber de sancionar a los responsables. Por ello, actualmente, nos parece denunciante todo intento por garantizar que los responsables de los crímenes internacionales sobre los que pudiera ejercer su competencia la Corte Penal Internacional eludan cualquier tipo de sanción penal alegando “de buena fe” la imposibilidad práctica de cumplir en su totalidad esta concreta obligación.

²¹¹ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, punto 103.

²¹² *Ibidem*.

No obstante, y teniendo en cuenta las autorizadas voces que apuestan por la implementación de este tipo de soluciones, el tiempo se encargará de demostrar si el emergente discurso basado en la imposición de ciertas “condiciones” que legitiman la renuncia a la acción penal -incluso respecto de los crímenes internacionales sobre los que ejerce su competencia la CPI- será *una* de las nuevas modalidades bajo la que se engloben las más sofisticadas fórmulas de impunidad²¹³. Ante esta previsible situación, nos preguntamos si acaso no se acabará reformulando también la máxima “no hay paz sin justicia” que hasta hace relativamente poco tiempo se reivindicaba con cierto orgullo para pasar a un nuevo lema: “no hay paz con justicia incondicional”.

²¹³ Y es que, en la actualidad, además de reivindicar la defensa de las amnistías condicionadas, comienzan a legitimarse ciertas modalidades restaurativas de sanción aplicables a los máximos responsables que hayan cometido los crímenes internacionales. A modo de ejemplo, véanse las sanciones previstas en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera firmado por Colombia que se analizan en: LOYO CABEZUDO, J., “La justicia transicional en Colombia: ¿un instrumento creado para erradicar la impunidad?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 5, 2017, pp. 32 – 61.