

AMNISTÍAS E INDULTOS EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

en F. Molina, E. Carracedo Carrasco (coords.), El indulto: pasado, presente y futuro, Buenos Aires: BdeF, 2019 (ISBN 978-9974-745-62-9).

Resumen

Esta contribución analiza el importante pero debatido papel de las amnistías y los indultos en los contextos de transición. Tras destacar la dificultad de alcanzar una definición universalmente válida de estos dos institutos, me centro en las tensiones que su aplicación en el marco de procesos transicionales genera respecto del deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos. Más allá de las dificultades que entraña la determinación del contenido y alcance de este deber, existen dos interpretaciones enfrentadas acerca de sus efectos en contextos de transición. De estas, la postura flexible es la que, en mi opinión, más fundamento tiene a nivel normativo, mejor se adapta a las exigencias específicas de la criminalidad masiva y, además, mejor se condice con los fines que el proceso penal y la pena pretenden alcanzar en estos escenarios. Partiendo de esta perspectiva, propongo unas líneas guías para determinar qué clases de amnistías e indultos son compatibles con el deber internacional de persecución y castigo y pueden convertirse en herramientas esenciales de los procesos de transición.

Palabras clave

Justicia de transición – Deber de persecución y castigo – Amnistía – Indulto – Fines de la pena y del proceso penal.

AMNISTÍAS E INDULTOS EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

ELENA MACULAN*

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de amnistías e indultos en contextos de justicia transicional es una tarea sumamente difícil y que da pie a mucho debate y controversias. Ello se debe, en primer lugar, a que no hay una definición uniforme de estos dos mecanismos (amnistía e indulto) y su regulación varía mucho según el ordenamiento en el que nos encontremos.

En segundo lugar, y sobre todo, la aplicación de estas medidas en contextos transicionales a hechos que constituyen crímenes internacionales o graves violaciones de derechos humanos, puede plantear problemas en relación con el deber de persecución y castigo de esas infracciones, que ha ido surgiendo en las últimas décadas como norma de Derecho internacional. Lo demuestra claramente la polémica recientemente desatada en Perú por la propuesta de indultar al ex-

* Investigadora posdoctoral con contrato Ramón y Cajal en el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado (UNED). Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva” (DER2013-43760-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Deseo agradecer a Alicia Gil Gil y a José Núñez Fernández por sus valiosas sugerencias para mejorar este texto.

presidente Alberto Fujimori, condenado en 2009 a 25 años de cárcel por la Corte Suprema de ese país como autor mediato, a través de un aparato organizado de poder, de los delitos de asesinato y secuestro agravado en los casos La Cantuta, Barrios Altos, Dyer y Gorriti¹.

En este trabajo destacaré la derivación principalmente jurisprudencial del deber internacional arriba mencionado y la falta de uniformidad acerca de la definición de su contenido y alcance, lo que repercute en la decisión sobre la admisibilidad de las amnistías e indultos en escenarios de transición. Mostraré que la interpretación flexible de esta obligación –en contra de su aplicación estricta que predicen muchos órganos de protección de los derechos humanos y expertos en la doctrina– está mejor fundamentada desde el punto de vista normativo y argumentativo y que, además, es la única que encaja con la identificación de los fines que el Derecho penal –en sus fases de proceso, imposición de la pena y ejecución de la misma– puede cumplir en contextos transicionales.

Por último, a partir de esta interpretación flexible, propondré unos criterios básicos para determinar qué medidas de amnistía e indulto pueden aplicarse legítimamente en los procesos de transición, sin convertirse en un inaceptable instrumento de impunidad.

¹ Como bien explica Caro Coria, esta propuesta, que se ha convertido en un caso mediático, no encaja sin embargo entre los supuestos de indulto en procesos de transición: en primer lugar, porque Fujimori no fue condenado formalmente por crímenes internacionales, sino por los delitos comunes de secuestro y asesinato, que no cabrían en el alcance de la obligación internacional que comentamos. En segundo lugar, porque esta medida podría clasificarse de indulto humanitario, al intervenir cuando la transición a la democracia está consolidada desde hace muchos años, después de que el condenado haya cumplido 12 años en la cárcel y solamente en razón de su avanzada edad y de su estado de enfermedad: CARO CORIA, D. C., “Indulto pero con candado”, *El Comercio*, 29/6/17, <http://elcomercio.pe>.

2. CATEGORÍAS DE GEOGRAFÍA VARIABLE

La delimitación conceptual de las amnistías y los indultos es tarea sumamente difícil, esencialmente porque cada uno de estos instrumentos se configura de manera diferente según el ordenamiento que los prevea. La doctrina ha intentado identificar criterios diferenciadores entre estas dos categorías, entre los cuales destacan los siguientes:

- las amnistías tienen un carácter general y abstracto, los indultos tienen un carácter particular;
- las amnistías son aprobadas por el Parlamento, los indultos por el ejecutivo;
- las amnistías persiguen el interés del Estado en primer lugar, mientras que los indultos benefician antes que nada a su destinatario inmediato².

Pero en realidad no siempre es así, porque ambas categorías son un universo variado en su interior, y se articulan de manera diferente según el ordenamiento del que se trate: por ejemplo, hay ordenamientos en que la amnistía tiene carácter general y el indulto particular, y otros en que existen indultos generales³; asimismo, los indultos a procesados no siempre están permitidos en las legislaciones o Constituciones nacionales⁴.

² DELLA MORTE, G., *Le amnistie nel diritto internazionale*, CEDAM, Milano, 2011, p. 96. Este autor refiere este segundo rasgo a una categoría que él define como “perdón” (*grazia*, en italiano, *pardon o mercy* en inglés), cuyo rasgo característico sería, además de afectar solamente a la pena y demás consecuencias jurídicas, que se dirige a un único individuo (p. 93). Hay que resaltar que este autor considera como parte de una misma categoría a las amnistías y los indultos, de los que diferencia, en cambio, el perdón como instituto de clemencia y la prescripción. Pero los rasgos que él atribuye a la *grazia* son los que la mayoría de los autores en Iberoamérica catalogarían como propios de los indultos.

³ Los indultos generales, en cambio, están expresamente prohibidos por la Constitución española (art. 62 CE).

⁴ Se puede recordar el debate alrededor de los indultos a procesados concedidos por el Presidente Menem durante la transición ar-

Por ello, algunos autores han llegado a concluir que los dos términos, amnistía e indulto, se utilizan de manera equivalente⁵.

En mi opinión, el elemento quizá más determinante para diferenciar las dos medidas reside en las fases del ejercicio de la acción penal afectadas por su intervención.

Así, Chinchón Álvarez destaca que la amnistía, y la extinción de la responsabilidad penal que ella implica, “comporta, explícita o implícitamente, el reconocimiento de que los crímenes cometidos estaban, de algún modo, justificados –cuando no que simplemente no fueron realmente delictivos–”, mientras que el indulto, al afectar sólo a la condena, sin perdonar el hecho que le dio origen, plantea menos problemas de legitimidad⁶.

En realidad, esta definición adolece de imprecisión desde el punto de vista de la teoría del delito: la amnistía no necesariamente elimina el carácter antijurídico y culpable de los hechos que cubre, sino que puede afectar solamente su *punibilidad*⁷. En estos supuestos se coloca, al igual que el indulto, entre esos mecanismos que, sin afectar al injusto culpable, determinan que no se le impondrá una pena, por razones de carácter estrictamente político-criminales⁸.

gentina: véase la crítica al instituto de G. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, vol. II, Edian, 9ª ed., 1995, pp. 337 y ss.

⁵ TEITEL, R., *Transitional Justice*, OUP, New York, 2001, p. 54.

⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenos, Sevilla, 2007, p. 459.

⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo”, en A. Gil Gil, E. Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 257 y ss.

⁸ Comparten esta distinción, en la doctrina anglosajona: McEvoy, K. - MALLINDER, L., “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy”, *Journal of Law and Society*, vol. 39, nº 3, 2012, pp. 401-440, p. 413.

Mucho más acertada me parece la distinción trazada por Alicia Gil, que resalta cómo la amnistía determina la cancelación de antecedentes penales, suspende los procesos judiciales en curso e impide iniciar nuevos⁹, mientras que el indulto “supone una remisión total o parcial de la pena impuesta, y presupone siempre, por tanto (...) una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes”¹⁰.

En lo que sigue vamos, por lo tanto, a basarnos en las siguientes definiciones:

a) La amnistía es “una derogación temporal o transitoria de la ley penal, que provoca su inaplicación a hechos pasados y beneficia a una pluralidad de sujetos, de manera que se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía”¹¹.

b) El indulto es una facultad otorgada a poderes no judiciales para extinguir la pena o disminuirla (indulto total o parcial) por razones de oportunidad¹².

⁹ Lo refleja además la etimología de la palabra, que deriva del griego *αμνησια* (*amnesia*), olvido.

¹⁰ 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 A. Gil Gil - E. Maculan - S. Ferreira (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, IUGM, Madrid, 2017, p. 40.

¹¹ Ídem, pp. 39-40. Aunque luego esta autora incluye en el concepto de amnistías parciales otras medidas que “no prevén una eliminación de toda consecuencia jurídica (...), sino que la pena prevista en la ley bien es reducida notablemente, o bien deja de aplicarse pero se sustituye por otra consecuencia jurídica más leve”, como es el caso de la *Ley de Justicia y Paz* colombiana (p. 40), siempre y cuando estas medidas constituyan una derogación de la ley penal prevista para el hecho. Personalmente prefiero limitar el concepto de amnistía a las medidas que *impiden* el proceso o la condena, y utilizar otros calificativos (penas alternativas o Derecho penal premial) para mecanismos que suponen una simple reducción o sustitución de la pena.

¹² CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., p. 458.

Sin perder de vista estas definiciones, en los epígrafes siguientes voy a referirme a las dos categorías de manera conjunta, puesto que plantean en buena medida los mismos problemas cuando intervienen en contextos de justicia de transición.

3. EL DEBER DE PERSECUCIÓN Y CASTIGO

Más allá de las dificultades a nivel definitorio, la aplicación de amnistías e indultos en contextos de transición es muy problemática y da pie a un constante debate. Ello se debe esencialmente a que en esos contextos el Estado se enfrenta a una fenomenología delictiva muy peculiar, respecto de la cual se ha venido configurando un *corpus* normativo especial que establece la prohibición de amnistías (e indultos), la imprescriptibilidad y otras reglas de carácter excepcional.

Me refiero aquí al concepto de crímenes internacionales, es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y contra la humanidad, aunque, como se dirá más adelante¹³, hay partidarios de que estas reglas excepcionales se extiendan, más allá de este núcleo reducido, a todas las graves violaciones de derechos humanos.

En las últimas décadas ha ido emergiendo un *deber de persecución y castigo* en relación con estos delitos, que se puede considerar la otra cara de la moneda de la *prohibición de amnistías e indultos* para sus responsables, aunque también afecta a mecanismos que modifican o limitan la persecución penal o el castigo, sin llegar a anularlos¹⁴. Esta evolución

¹³ Véase *infra*, sección 3.1.

¹⁴ En este sentido, hay mecanismos que inciden en los límites para llevar a cabo la persecución penal (como ocurre con los criterios de selección y priorización de casos), en el *quantum* de pena o en su tipo (es el caso de las penas reducidas y de las sanciones alternativas) o en su ejecución (como con la suspensión condicional de la pena). Es interesante destacar que todos estos caminos han sido (y están siendo) explorados en el proceso de paz en Colombia, tanto en el marco de la negociación

hace que promulgar una amnistía o un indulto, que antes era la opción, por así decirlo, más cómoda para un Estado al finalizar una confrontación armada o una época de graves abusos a los derechos humanos, se haya convertido en una opción extremadamente costosa en términos de legitimación y responsabilidad internacional¹⁵.

Lo que salta a la vista, al menos para los penalistas, es la consecuencia que este deber produce para el Derecho penal, para el cual supone un verdadero *cambio genético*, pues lo convierte, de un derecho del Estado (*ius puniendi*), en una verdadera obligación (*officium puniendi*) que desde la esfera internacional recae sobre este¹⁶. Pero, además, se puede apreciar cierta falta de uniformidad en lo que concierne a la determinación de su alcance y exacto contenido.

3.1. Un deber de difícil determinación

La norma internacional que impone la persecución y castigo de crímenes internacionales y/o graves violaciones de

con las AUC y de la Ley de Justicia y Paz, como en el Acuerdo de paz con las FARC-EP al que se le está dando actuación en estos días: para más información, véase MACULAN, E., “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada”, A. Gil Gil - E. Maculan - S. Ferreira (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, pp. 53-84.

¹⁵ Aun así, estos mecanismos se han aplicado de manera reiterada en muchísimas experiencias transicionales: véase la base de datos creada por Mallinder en su amplísimo estudio, que detalla 506 amnistías concedidas en 130 países desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta enero de 2005: MALLINDER, L., “Amnesties”, en M. C. Bassiouni, *The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, vol. I, Intersentia, 2010, pp. 900-922, y la base de datos creada en el marco del *Transitional Justice Database Project*, dirigido por Leigh A. Payne, Tricia D. Olsen, y Andrew G. Reiter, que contiene más de 600 amnistías aprobadas entre 1970 y 2008: <http://tjdbproject.com>.

¹⁶ GIL GIL, A., “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, nº 4, 2016, p. 4.

los derechos humanos tiene una naturaleza esencialmente jurisprudencial. Cabe recordar que algunos instrumentos convencionales establecen esa regla en relación con un contado número de violaciones de derechos humanos o del Derecho internacional humanitario. Así, los cuatro Convenios de Ginebra¹⁷, el Convenio sobre Genocidio de 1948 (art. 6), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 (art. 7), el Convenio sobre Apartheid de 1973 (art. 4), el Convenio sobre Tortura de 1984 (art. 7), la Convención sobre Desaparición Forzada de 2006 (art. 11), imponen la persecución penal o la extradición de los responsables de violaciones de los derechos allí protegidos¹⁸. Además, existen varios instrumentos de *soft law*¹⁹ que prohíben las amnistías e indultos para graves vio-

¹⁷ Art. 49 I Convenio; art. 50 II Convenio; art. 120 III Convenio; art. 146 IV Convenio.

¹⁸ Para un listado más completo de los instrumentos internacionales que contienen disposiciones similares, véase: *International Law Commission*, “Survey of multilateral conventions which may be of relevance for the work of the International Law Commission on the topic: ‘The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)’” (A/CN.4/630), de 18/6/10.

¹⁹ El más relevante al respecto es sin duda el Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, adición al 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), adoptado por el Consejo Económico y Social de NNUU el 8/2/05, donde se define la impunidad como “una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas” (principio 1) y se establecen unas condiciones mínimas que las amnistías y medidas similares tienen que cumplir (principio 24). Véase también la *Vienna Declaration and Programme of Action* adoptada en la *World Conference on Human Rights* de 1993 (A/CONF.157/24, 12.07.1993), párrs. 60 y 62, en relación con la tortura y la desaparición forzada,

laciones de los derechos humanos o que imponen ejercer la acción penal contra sus presuntos responsables.

Sin embargo, en estos instrumentos la obligación de persecución y castigo no aparece de manera tan clara y unívoca, sino que se hace referencia a un deber de *tipificación* de los delitos, a la *obligación*, o, en otros casos, la *posibilidad* de enjuiciar o extraditar a los responsables de los crímenes o al rechazo de las amnistías “en general”²⁰.

En la esfera del Derecho penal internacional, la prohibición de amnistías por crímenes internacionales aparece en los Estatutos de algunos tribunales penales híbridos²¹, pero no en aquellos de los Tribunales *ad hoc*, ni en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Este último solamente prevé en su Preámbulo –que, merece la pena recordar, no tiene eficacia vinculante– que: “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”. Es más, en el sistema de la CPI la obligación de persecución y castigo constituye el fundamento que legitima la intervención de la Corte, pues,

respectivamente. Entre los instrumentos de *soft law* redactados por actores no estatales, cabe recordar los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, adoptados por un grupo de expertos independientes (la *International Commission of Jurists*) en 2001, donde se afirma que las amnistías son “generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de garantizar la responsabilidad por graves crímenes bajo el Derecho internacional...”: <http://hrlibrary.umn.edu>.

²⁰ Otra propuesta argumentativa hace derivar la prohibición general de amnistías de la regla sobre la imprescriptibilidad de estos crímenes. Sin embargo, no se trataría de una consecuencia directa, sino del fruto del siguiente razonamiento: prohibir los efectos de la prescripción denota una voluntad de perseguir un crimen que *de facto* chocaría con la aprobación de una amnistía, como explica críticamente DELLA MORTE, *Le amnistie...* cit., p. 138.

²¹ Art. 10 del Estatuto de la *Special Court for Sierra Leone*, art. 40 de la *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, art. 16 del Estatuto del *Special Tribunal for Lebanon*.

de acuerdo con el principio de complementariedad, es cuando un Estado no cumple con su obligación primaria de perseguir los crímenes internacionales sobre los que tenga competencia, que la Corte puede intervenir sustituyéndose a él²². No obstante, el ECPI nada dice acerca de la compatibilidad de amnistías, indultos u otras formas de paralizar la acción penal o el castigo, porque, pese a haber debatido el tema durante la Conferencia de Roma, no se alcanzó un acuerdo entre los Estados sobre el asunto.

Además, la práctica de los Estados en relación con las medidas de amnistía e indulto no es unívoca en absoluto²³, por lo que cabe dudar de que la obligación de persecución y castigo forme parte, como mantienen algunos autores²⁴, del *jus cogens*²⁵.

Pero los verdaderos protagonistas en la configuración de esta obligación internacional han sido los tribunales de derechos humanos que, a raíz de una interpretación evolutiva, han ido derivando este deber del genérico deber de protección de los derechos humanos que establecen sus respectivos Convenios²⁶.

²² Arts. 1 y 17 ECPI. Para una explicación resumida sobre el principio de complementariedad, véase por ejemplo, en español, MACULAN, “La Corte Penal Internacional”, en GIL GIL - MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, pp. 84-97.

²³ Véase *infra*, sección 3.4.

²⁴ WERLE, G. - JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law* (3rd ed.). Oxford: OUP, 2014, pp. 79-80.

²⁵ Para un análisis detallado, véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 159-255. A la misma conclusión llegan SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting serious Human Rights Violations*, OUP, Oxford, 2009, pp. 277-280; McEVROY - MALLINDER, “Amnesties in Transition...”, cit., pp. 418-420.

²⁶ ROHT-ARRIAZA, N., “Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress”, en Roht-Arriaza, N., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, OUP, Oxford, 1995, pp. 24 y ss. Para un análisis de esta jurisprudencia,

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*²⁷, ha derivado esta obligación del deber de respeto y protección de los derechos humanos establecido en el art. 1.1 CADH²⁸. En su visión, este deber tiene una fundamentación preventiva, pues “la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos”²⁹, a la vez que una función de protección y satisfacción de las víctimas y sus familiares³⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, la ha vinculado a la doctrina de las obligaciones positivas, que derivan del art. 1 del Convenio Europeo un deber de los Estados no solamente de abstenerse de vulnerar ellos mismos los derechos afirmados (obligación negativa), sino también de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su protección y prevenir su violación por actores particulares (obligación positiva)³¹.

véase SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious Human Rights Violations*, cit., pp. 51-110.

²⁷ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo, 29/7/88.

²⁸ Ídem, párrs. 164-6, 176.

²⁹ Corte IDH, *Paniagua Morales y otros v. Guatemala*, sentencia de fondo, 8/3/98, párr. 173.

³⁰ MALARINO, E., “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Gil Gil - Maculan, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, pp. 38-40. El autor señala que este argumento implica reconocer a la víctima un derecho subjetivo a que el Estado persiga y sancione y que, si el Estado no cumple con estas funciones, lesiona a su vez un derecho de la víctima.

³¹ VIGANÓ, F., “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, en S. Mir Puig - M. Corcoy Bidasolo, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 320 y ss. Fundamental en esta construcción ha sido la línea jurisprudencial que ha venido determinando

La prohibición de las amnistías y, en su caso, de los indultos, también ha sido estipulada por otros órganos de protección de los derechos humanos³², y la encontramos en unas pocas decisiones de algunos tribunales penales internacionales e híbridos³³.

las obligaciones *procesales* de investigación, que recaen en los Estados ante la violación de derechos protegidos por el Convenio Europeo, y la consiguiente infracción del Convenio por el Estado en caso de incumplimiento de las mismas. Véase: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2. Derecho a la vida). Teoría y práctica: de De Becker c. Bélgica a Canales Bermejo c. España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 125-158.

³² Entre ellos, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derecho Humanos, el Comité contra la Tortura, el Relator especial de Naciones Unidas sobre Tortura: véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 181-186. La Comisión Africana de Derechos Humanos no tiene mucha jurisprudencia al respecto, entre otras cosas porque el Convenio Africano sobre Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene una disposición similar a la cláusula de “respeto y garantía”, pero en algunas ocasiones ha afirmado que las leyes de amnistia no pueden perjudicar las obligaciones internacionales de garantizar la reparación a las víctimas (por ejemplo, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Communication n° 245/2000, mayo de 2006).

³³ El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en la sentencia *Furundzija* ha afirmado que el carácter *jus cogens* de la prohibición de tortura implica la prohibición de medidas nacionales que absuelvan a sus responsables (ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment (IT-95-17/1), 10/12/98, párr. 155). Relevante es también *Prosecutor v. Karadzic* (IT-95-5/18-PT), “Decision on the accused’s second motion for inspection and disclosure: Immunity issue”, 17/12/08, aunque se refiera a un acuerdo de inmunidad y no a una amnistia propiamente dicha: véase BROCKMAN-HAWE, B. E., “Amnesty at the ICTY: an analysis of the Karadzic Immunity Decision”, *International Criminal Law Quarterly*, 2009, pp. 726 y ss. De la *Special Court for Sierra Leone*, véase *Prosecutor v. Kallon* (SCSL-04-15-AR72(E)) and *Kamara* (SCSL-04-16-AR72(E)), “Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty”, 13/3/04, párrs. 82, 84, afirmando la invalidez de la disposición de amnistia que contenía el Acuerdo de Paz de Lomé y, para un comenta-

No obstante, el conjunto de estos instrumentos y pronunciamientos no determina de manera clara y unívoca el alcance ni el contenido de la obligación de persecución y castigo³⁴. Por un lado, aunque se pueda afirmar que este deber está consolidado en relación con el núcleo reducido de los crímenes internacionales (crímenes de guerra, de genocidio y contra la humanidad)³⁵, la tendencia de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos es expandir su alcance a las “graves violaciones de derechos humanos”³⁶, una categoría (propia del Derecho internacional de los derechos humanos, y no del Derecho penal) más amplia, y cuya delimitación exacta es bastante incierta³⁷. Además, algunas decisiones se

rio, CASSESE, A., “The Special Court of Sierra Leone and International Law. The Decision concerning the Lomé Peace Agreement Amnesty”, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1130-1140. De las *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, véase: *Prosecutor v. Ieng Sary*, case 002, “Decision on Ieng Sary’s Appeal against the Closing Order” (case no. 002/19 09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), 11/4/11, y “Decision on Ieng Sary’s Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon)”, 3/11/11, Doc. No. E51/15, parag. 23 y ss., alegando que una disposición de clemencia otorgada a Ieng Sary de manera incondicionada era incompatible con el deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales. Para un comentario: LOBBA, P., “Ai confini della giustizia penale internazionale: i khmer rossi a processo davanti alle ‘Extraordinary Chambers’ di Cambogia”, *Indice penale*, n° 2, 2012, pp. 620-627.

³⁴ También lo destaca DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 139.

³⁵ Así concluye SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 274 y ss.

³⁶ Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14/3/01, párrs. 41-44.

³⁷ No cabe duda de que entran en este concepto todos los delitos que supongan una grave vulneración de bienes jurídicos especialmente importantes, y que se hayan cometido de manera sistemática, en el marco de un conflicto armado o de una represión ilegal llevada a cabo por un gobierno dictatorial –los casos típicos de transición–. Pero fuera de estos supuestos, por ejemplo, un delito de violación siempre puede considerarse grave, incluso cuando se trate de un caso aislado y no forme

refieren directamente a las “violaciones de derechos humanos”, omitiendo el requisito de gravedad³⁸, expandiendo así el alcance de la obligación de manera potencialmente indefinida. De hecho, como bien argumenta Malarino al analizar la jurisprudencia interamericana, si la Corte IDH fundamenta la prohibición de amnistías y el correspondiente deber de perseguir y sancionar en el deber de garantía enunciado en el art. 1.1 de la CADH, esta prohibición/deber no debería referirse solamente a las *graves* violaciones, sino a todas las violaciones de todos los derechos protegidos por la Convención³⁹.

Otro aspecto que me parece muy indeterminado en la obligación de persecución y castigo es la definición de su contenido exacto o, en otras palabras, la identificación de las prohibiciones y limitaciones que entraña para la actuación del Estado. ¿Es un deber de investigación que pueden cumplir distintos institutos, incluso de carácter extrajudicial (como una comisión de la verdad), o propiamente de enjuiciamiento penal? ¿Requiere una sentencia con declaración de responsabilidad y la imposición de una condena, o es suficiente con que se celebre el juicio? ¿Impone algo también en relación con el *quantum* de pena y/o con su ejecución?

La jurisprudencia y la práctica, tanto de los Estados como de las instituciones internacionales, no permiten contestar estas preguntas de manera unívoca⁴⁰. Lo único que puede

parte de un patrón de violación sistemática de los derechos humanos. No es casualidad que la jurisprudencia del TEDH haya ido estableciendo deberes penales en relación con este tipo de fenómenos delictivos. C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret*, n. 3, 2016.

³⁸ Así Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 166, afirma que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”; *Bulacio v. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18/9/03, párrs. 116-117.

³⁹ MALARINO, “Las víctimas en la jurisprudencia...”, cit., p. 41.

⁴⁰ MACULAN, E., “Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición”, *Revista penal*, en prensa.

alegarse en términos generales es, quizá, que el indulto u otras medidas que impiden la ejecución de la pena pero sin afectar la declaración de responsabilidad suelen ser aceptadas con más facilidad que las amnistías y demás mecanismos que paralizan la acción penal desde el principio. Y lo confirma el hecho de que, allá donde este principio está formulado como prohibición, el mismo se refiere, en la mayoría de los casos, solamente a las amnistías.

Esta cuestión se entrelaza, por un lado, con las interpretaciones sobre la aplicación de este deber en contextos de transición y, por el otro, con una reflexión sobre los fines del proceso penal y de la pena, y especialmente sobre los distintos momentos en que estos fines se realizan.

3.2. *Su aplicación en contextos de transición*

Una cuestión clave, que sigue siendo objeto de un gran debate en la jurisprudencia y doctrina especializada, es si la obligación de persecución y castigo permanece inalterada en todo tipo de circunstancia o si, por el contrario, existen situaciones de carácter excepcional en las que se puede admitir su flexibilización.

Me refiero esencialmente a los contextos de transición (de un régimen opresivo que ha cometido abusos sistemáticos de los derechos humanos a una recuperada democracia, o bien de un conflicto armado a una recuperada paz y estabilidad), en las que lo extraordinario de las circunstancias del momento puede hacer recomendable o incluso necesario flexibilizar la intervención penal. Ello, por dos clases de razones: en primer lugar, de *factibilidad*, pues es prácticamente imposible llevar a cabo la persecución penal de todos los presuntos responsables y de todos los crímenes que se cometieron, debido a la propia dimensión masiva, y a menudo sistemática, de los crímenes, y, además, al colapso –o importante debilitación– sufrido por las instituciones y los órganos judiciales en la mayoría de estos contextos. Estos factores llevan en muchos casos a la *imposibilidad* del ejercicio normal de la acción penal.

En segundo lugar, se plantean problemas de *compatibilidad* con otros objetivos propios del contexto transicional que pueden llegar a ser prioritarios, como son el cese de la violencia, la consolidación del nuevo régimen, la reconciliación de la sociedad y la superación del pasado. Estos factores sugieren en muchos casos la *inoportunidad* del ejercicio normal de la acción penal⁴¹.

Las amnistías y medidas similares efectivamente han sido utilizadas en muchas experiencias transicionales como “moneda de cambio”⁴² en las negociaciones entre el Estado y los actores armados ilegales, o bien entre el nuevo Gobierno y el régimen represivo anterior. No solamente eso: según el brillante y pionero estudio de Ruti Teitel sobre la justicia de transición, las amnistías y los demás mecanismos de exención de la pena o de la acción penal constituyen, al igual que su opuesto, el proceso penal, un verdadero *ritual* que demuestra de manera evidente y rotunda el *cambio* en el ejercicio de la soberanía, necesario para la transición política⁴³.

Ahora bien, sobre la compatibilidad de este tipo de medidas con el deber de persecución penal y castigo, se han ido perfilando, tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina especializada, dos posturas enfrentadas que se analizan a continuación.

⁴¹ Con “ejercicio normal de la acción penal” me refiero a su aplicación tal y como se daría en una situación de normal funcionamiento de la sociedad, es decir, que todos los sujetos implicados en la comisión de un crimen de cierta gravedad sean sometidos a juicio y, en su caso, condenados.

⁴² TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 51.

⁴³ Ídem, p. 59. De manera similar, Lollini, al analizar la experiencia transicional sudafricana, hace hincapié en la *función constituyente* de la amnistía concedida por la *Truth and Reconciliation Commission* (TRC): LOLLINI, A., *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Berghahn Books, Oxford - New York, 2011.

3.3. La interpretación estricta

Una primera *interpretación estricta o maximalista*, mantenida por los llamados *human righters*⁴⁴, y cuya abanderada más notoria es la Corte IDH, considera que este deber se aplica en todo tipo de circunstancia y conlleva la prohibición de toda clase de amnistía, indulto y medidas que tienen el efecto de suspender o limitar la acción penal⁴⁵.

Esta postura parte de la premisa de que el castigo penal es necesario, siempre y en todo caso⁴⁶, porque sería la única manera de garantizar plenamente ese *derecho a la justicia* de las víctimas de graves violaciones de DD.HH.⁴⁷. La persecución penal y el castigo serían, al mismo tiempo, un elemento imprescindible para alcanzar una verdadera pacifi-

⁴⁴ Así los definen GIL GIL, “El tratamiento jurídico...”, cit., p. 28; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 280 y ss.

⁴⁵ MALARINO, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos - E. Malarino - G. Elsner, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, KAS, Montevideo, 2010, pp. 25-61. La CIDH también, pese a un inicial pronunciamiento en sentido más flexible (Informe sobre la situación de Guatemala de 1983), comparte esta postura estricta por efecto de la influencia de su “hermana”, la Corte: así, SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 85-97.

⁴⁶ En la doctrina, véanse entre otros: CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 437 y ss.; BASSIOUNI, M. C., “The Need for International Accountability”, en Bassiouni, M. C., *International Criminal Law*, vol. III, New York, 1999, pp. 6 y ss.; ROHT-ARRIAZA, N. - GIBSON, L., “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 4, 1998, pp. 843-845; EDELENBOS, C., “Human rights violations: a Duty to Prosecute?”, *Leiden Journal of International Law*, 1994, pp. 5 y ss.

⁴⁷ BONET PÉREZ, J. - ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *Impunidad, derechos humanos y Justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 19 y ss.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 235 y ss.

cación social después de una época de violencia colectiva⁴⁸. Lo expresa con meridiana claridad el lema con el que suelen anunciarse los partidarios de esta interpretación: “no hay paz sin justicia”.

En este sentido, la Corte IDH ha afirmado en un primer momento la incompatibilidad con la CADH de las amnistías para “violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, tortura”, en relación con una disposición de *autoamnistía*. La sentencia *Barrios Altos*, efectivamente, que inauguró esta línea en la jurisprudencia interamericana, tenía como objeto dos leyes de amnistía aprobadas por el Gobierno peruano de Fujimori para garantizar la impunidad a sus miembros y colaboradores que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos en el marco de la represión de los grupos guerrilleros y disidentes⁴⁹.

Pero, posteriormente, la Corte ha extendido la prohibición a toda ley de amnistía que pretenda cubrir crímenes de lesa humanidad, con independencia de la legitimidad del órgano que la apruebe⁵⁰, y ha llegado a condenar a un Estado por

⁴⁸ OLLE SESE, M., “Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales”, en I. Turégano Mansilla, *La Justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, p. 85.

⁴⁹ Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14/3/01, 41-43. La sentencia declaró la incompatibilidad con la CADH de la ley 26.479 de 14/6/95 (Ley de amnistía), que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, y de la ley 26492 de 28/6/95 (Ley de interpretación de la ley de amnistía), que declaró que esa amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación.

⁵⁰ Corte IDH, *Almonacid Arellano v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/9/06, parágs. 105-114. Véase el análisis jurisprudencial realizado por GUTIÉRREZ RAMÍREZ, L. M., “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves viola-

una ley de amnistía aprobada por un Parlamento democrático y confirmada en dos referendos populares. En el conocido caso *Gelman*, la Corte IDH ha condenado al Estado uruguayo a la derogación de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva (ley 15.848), que había sido aprobada por el Parlamento de ese país el 22/12/86, en época de restaurada democracia, y cuya validez había sido confirmada en un referéndum popular en 1989 y en otro referéndum en 2009, bajo la Presidencia de un ex miembro de los tupamaros y en un momento en que ya no cabía pensar en posibles presiones por parte de los miembros de la dictadura cívico-militar de Bordaberry⁵¹. Más allá de la difícil pregunta sobre la legitimación que tiene una Corte regional, formada por pocos jueces de distintas nacionalidades, para imponer la derogación de una ley que los ciudadanos del país afectado han demostrado claramente que quieren mantener⁵², lo que se puede apreciar en la jurisprudencia interamericana es la extensión de la prohibición a toda clase de amnistía, con independencia de sus proponentes y sus objetivos⁵³.

La interpretación estricta que la Corte IDH hace de la obligación internacional de persecución y castigo tiene además una clara fuerza expansiva en dos direcciones. Por un lado, la lleva a afirmar la posibilidad de suspender también otros institutos de Derecho penal que, al igual que las amnistías,

ciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, *Estudios socio-jurídicos*, vol. 16, n° 2, 2014, pp. 38-44.

⁵¹ Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24/2/11.

⁵² GARGARELLA, R., citado en GUTIÉRREZ RAMÍREZ, “La obligación internacional...”, cit., p. 43.

⁵³ Aunque reconociendo que la Corte matiza ligeramente su postura cuando se ocupa de amnistías –y otros mecanismos similares– aprobadas en el marco de un conflicto armado interno, como en algunos casos contra Guatemala y El Salvador: para más información, véase GUTIÉRREZ RAMÍREZ, “La obligación internacional...”, cit., pp. 44-48.

ponen límites (en su visión, “obstáculos”) a la persecución penal, como la prescripción⁵⁴, el principio *ne bis in idem*⁵⁵ o el principio de legalidad en su componente de irretroactividad de normas penales desfavorables⁵⁶.

Por otro lado, esta jurisprudencia ha tenido un fuerte impacto en los ordenamientos nacionales del continente latinoamericano, donde ha sido utilizada con mucha frecuencia por los tribunales penales y constitucionales para declarar la invalidez de disposiciones de amnistía o indulto, en ocasiones pasando por alto las diferencias entre las leyes impugnadas y aquellas sobre las cuales se había pronunciado la Corte IDH. Así, la sentencia *Barrios Altos* ha servido de argumento para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina declarara la inconstitucionalidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, a pesar de que, mientras que las leyes peruanas que fueron objeto de la sentencia interamericana eran disposiciones de autoamnistía aprobadas bajo el régi-

⁵⁴ FORNASARI, G., “La prescrizione penale nella giurisprudenza delle corti sovranazionali”, *Diritto penale XXI secolo*, 2017, en prensa. Con especial referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, véase PARENTI, P., “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos - E. Malarino - G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. I, KAS, Montevideo, 2010, pp. 211-228.

⁵⁵ Con referencia a la jurisprudencia interamericana, véase ZILLI, M. - GIRÃO MONTECONRADO, F. - ROCHA DE ASSIS MOURA, M. T., “*Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interameircana de Direitos Humanos”, en K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, pp. 393 y ss.

⁵⁶ GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. Ambos, E. Malarino, G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, pp. 322 y ss.

men responsable de los abusos, las leyes argentinas fueron aprobadas por un Parlamento democrático en el marco de un proceso transicional⁵⁷. La misma sentencia se utilizó también como base argumental para declarar la inconstitucionalidad ya no de amnistías, sino de los indultos aprobados por el Gobierno de Menem a favor de sujetos procesados por delitos de lesa humanidad⁵⁸.

Respecto de los indultos, la Corte IDH nunca se ha pronunciado específicamente sobre esta medida en relación con graves violaciones de derechos humanos⁵⁹, mientras que otros órganos de protección de los derechos humanos han afirma-

⁵⁷ Para un análisis muy crítico de esta sentencia, que destaca también el uso impropio que hace la Corte Suprema argentina de la jurisprudencia interamericana, véase: MALARINO, E., “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, en *Iura Gentium*, 2009, disponible en: www.juragentium.org.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad” (M. 2333. XLII), sentencia de 13 de julio de 2007: “le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad” (párr. 29), “... para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes” (párr. 31).

⁵⁹ Las sentencias de la Corte IDH sobre este mecanismo se refieren a indultos humanitarios (*Pollo Rivera y otros v. Perú*, sentencia de 21/10/16) o a indultos concedidos (o denegados) a sujetos condenados a pena de muerte (*Fermín Ramírez v. Guatemala*, sentencia de 20/7/05), pero por casos de delincuencia común.

do la incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados de decretos de indulto aprobados en el marco de procesos transicionales⁶⁰ o, en todo caso, en relación con graves violaciones de derechos humanos⁶¹. No obstante, la jurisprudencia o cuasi-jurisprudencia sobre indultos es mucho más escasa que la referida a amnistías.

3.4. *La interpretación flexible*

En el extremo opuesto de la postura que acabo de describir se sitúa la *interpretación flexible* de la obligación internacional, mantenida por los llamados *peace-makers*⁶² que, aun reconociendo la existencia de un deber general de per-

⁶⁰ Por ejemplo, con referencia al caso argentino, los indultos aprobados por el Presidente Menem fueron contestados por el Comité de Derechos Humanos: Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párrs. 144-165.

⁶¹ En este sentido cabe recordar la jurisprudencia del Comité contra la Tortura, a raíz de casos de indultos concedidos en España a guardias civiles condenados por torturas o malos tratos perpetrados contra detenidos miembros de ETA. Así por ejemplo, *Sr. Kepa Urria Guridi v. Spain*, Comunicación No. 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005), 2-20/5/05, donde se afirma: "...la obligación de tomar medidas eficaces para impedir la tortura se habría violado debido a que la concesión de los indultos a los guardias civiles tendría el efecto práctico de otorgar impunidad a la tortura y de alentar su repetición. El Comité considera que, en las circunstancias del caso concreto del autor, las medidas adoptadas por el Estado Parte son contrarias a la obligación establecida en el art. 2 de la Convención según la cual el Estado Parte debe tomar medidas eficaces para impedir los actos de tortura, y en consecuencia, concluye que dichos actos constituyen una violación del párrafo 1 del art. 2 de la Convención. Asimismo, el Comité concluye que la falta de un castigo apropiado es incompatible con el deber de prevenir actos de tortura" (párr. 6.6).

⁶² Según la terminología que relatan GIL GIL, "El tratamiento jurídico...", cit., p. 28 y CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 280 y ss.

secución y castigo en relación –al menos– con los crímenes internacionales, argumenta que en determinados contextos *extraordinarios* pueden existir razones válidas para limitar el ejercicio de la acción penal: por ejemplo, la finalidad de acabar con un conflicto armado, o de evitar nuevos golpes de Estado, primarían sobre el ideal de garantizar la persecución penal y el castigo de todos los abusos cometidos⁶³. De acuerdo con esta visión, el deber que recae sobre los Estados no es de persecución penal, sino de *prevención* de las graves violaciones de derechos humanos⁶⁴: para ello puede servirse, sin duda, del Derecho penal, pero también de otros mecanismos alternativos en la medida en que estos sean eficaces.

A favor de esta interpretación se alegan varios argumentos: En primer lugar, el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, que prevé expresamente la amnistía como instrumento de pacificación al terminar un conflicto armado

⁶³ FORNASARI, G., “Giustizia di transizione (diritto penale)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. Annali VIII, Milano, 2014, pp. 566 y ss.; McEVoy - MALLINDER, “Amnesties in Transition...”, cit., pp. 410-440; DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 266 y ss.; EIROA, P., *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 344 y ss.; AMBOS, K., “El marco jurídico de la Justicia de transición”, en K. AMBOS - E. MALARINO - G. ELSNER, *Justicia de transición*, KAS, Montevideo, 2009, pp. 23-129; MALLINDER, “Amnesties”, cit., pp. 900-922; MALLINDER, L., “Can Amnesties and International Justice be Reconciled?”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 208-230. Un caso peculiar es Diane Orentlicher, quien, en uno de los primeros trabajos de referencia sobre el tema, pareció adherirse a la postura rigurosa (ORENTLICHER, D., “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *The Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, 1991, pp. 2537-2615), pero posteriormente la modificó, acercándose a una interpretación flexible de las obligaciones internacionales en contextos de transición (D. ORENTLICHER, “Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n. 1, 2007, pp. 10-22).

⁶⁴ FREEMAN, M., *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, CUP, Cambridge: 2010.

no internacional⁶⁵, lo que reconocería a este mecanismo un espacio en el Derecho internacional humanitario⁶⁶.

En segundo lugar, se hace hincapié en el tratamiento de las amnistías e indultos en el sistema de la Corte Penal Internacional (CPI). En su Estatuto se aprecia un “elocuente”⁶⁷ silencio, en el sentido de que no se prohíben expresamente las amnistías y los indultos, sino que, al contrario, existen disposiciones que parecen permitir un margen para que la Corte tome en consideración situaciones peculiares en las que el Estado pueda adoptar decisiones que conlleven una parcial limitación del ejercicio de la acción penal. Se trata principalmente del art. 53 ECPI, que hace referencia a los “intereses de la justicia” como factor a ponderar por la Fiscalía a la hora de decidir si abrir una investigación o, de haberla abierto, si se debe pasar a la etapa de juicio⁶⁸. Otros autores argumentan que la valoración sobre la compatibilidad de medidas de amnistías, indultos o similares con el Estatuto tendría que realizarse no en el marco del art. 53 ECPI, sino aplicando el poder de *deferral* que el art.

⁶⁵ “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”.

⁶⁶ Aunque algunos expertos consideran que esta disposición pretende impedir que los combatientes puedan ser enjuiciados por el solo hecho de haber tomado parte en las hostilidades, pero no podría aplicarse en ningún caso a los crímenes de guerra: así NAQVI, V., “Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition”, *International Review of the Red Cross*, n° 851, 2003, pp. 604-605; AMBOS, “El marco jurídico...”, cit., p. 75. Critica esta interpretación DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 125-131.

⁶⁷ DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 146.

⁶⁸ EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., pp. 385 y ss.; ROBINSON, D., “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 401-505.

16 ECPI reconoce al Consejo de Seguridad⁶⁹. Una tercera interpretación propone ubicar esa valoración en el propio test de complementariedad que la Corte tiene que realizar de acuerdo con el art. 17.1.b ECPI, tomando en consideración la capacidad y voluntad del Estado para llevar a cabo una persecución penal eficaz⁷⁰. En el marco de esta disposición se podría incluir una investigación realizada por un órgano diferente del tribunal penal, como una comisión de la verdad; la Corte dejaría de intervenir cuando ese órgano, tras haber investigado, haya decidido no ejercer la acción penal en razón de consideraciones que *no* reflejen una voluntad de garantizar la impunidad de los criminales.

Asimismo, la práctica de la CPI parece confirmar, aunque sea indirectamente, una posible apertura a mecanismos que supongan una limitación de la acción penal: lo demuestra la decisión de la Fiscalía de la Corte de presentar cargos, en la situación de Libia, solamente contra los miembros del anterior régimen de Gadafi, sin oponer reservas a la ley de amnistía aprobada por el nuevo Gobierno para cubrir a los revolucionarios finalmente vencedores⁷¹. Leyendo entre líneas, esta decisión sugiere que la CPI no rechaza de manera absoluta y tajante las amnistías⁷².

⁶⁹ ROBINSON, “Serving the Interests...”, cit., pp. 502-503; ACOSTA ARCAZAZO, D. - BUCHAN, R. - URUEÑA, R., “Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of international criminal law”, *Criminal Law Forum*, n° 26, 2015, pp. 291-318, especialmente a pp. 314-315.

⁷⁰ ROBINSON, “Serving the Interests...”, cit., pp. 498-502; MALLINDER, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., p. 212.

⁷¹ Law 38 “On some Procedures for the Transitional Period”, de mayo de 2012. La ley excluye del alcance de la amnistía los delitos de tortura y violación sexual, pero no otros crímenes graves como el asesinato y el desplazamiento forzado. Véase KERSTEN, M., *Justice in Conflict*, OUP, Oxford, 2016, pp. 158-161.

⁷² La decisión de ejercer la acción penal solamente contra miembros de una de las partes del conflicto (el antiguo *establishment* de Gaddafi)

En tercer lugar, en el ámbito nacional, en la gran mayoría de los ordenamientos se prevén los institutos de amnistía e indulto, bien a nivel legislativo, bien a nivel constitucional, y en muchos casos sin establecer una excepción expresa para los crímenes internacionales⁷³. Pero además, la práctica de los Estados muestra no solamente una presencia constante, sino un incremento en el número de leyes de amnistía aprobadas en contextos de transición⁷⁴. No sólo eso: varios

tiene que ver con razones políticas y prácticas (como la necesidad de obtener la colaboración del actual Gobierno libio para la obtención de pruebas), a la vez que implica apoyar una determinada narrativa del conflicto: KERSTEN, *Justice in Conflict*, cit., pp. 116 y ss. Pero lo que nos interesa aquí es que la CPI no se ha pronunciado sobre la amnistía concedida por el Gobierno creado tras la transición.

⁷³ Aunque algunos Estados hayan introducido una regla expresa de inamnistiability de los crímenes internacionales: cfr., por ejemplo, el art. 29 de la Constitución venezolana: “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”; o el art. 73.2 del nuevo Código Penal integral de Ecuador: “No concederá [amnistías] por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia”. Véase el detallado análisis comparativo de la regulación de las amnistías e indultos en los ordenamientos nacionales: CLOSE, J., “Amnesty Provisions in the Constitutions of the World: A Comparative Analysis”, en www.academia.edu.

⁷⁴ MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transition – Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart publishing, Oxford/Portland, 2008, y la base de datos creada por la misma autora, que muestra un claro aumento de las medidas de amnistía aprobadas desde 1945 hasta 2005. Lo que ha cambiado en los últimos años no es la frecuencia, sino el diseño de estas medidas, es decir, se ha pasado de las au-

tribunales constitucionales y supremos han confirmado, incluso en tiempos recientes, la legitimidad de disposiciones de amnistía aprobadas en sus países, reconociendo su utilidad como medida para alcanzar la paz y afianzar la democracia. El ejemplo más próximo en este sentido es la STS 101/2012 en el caso *Garzón*, donde se reconoce la legitimidad y utilidad de la Ley 46/1977 de Amnistía como medida de reconciliación social en el marco de la transición española⁷⁵. Todos estos factores parecen sugerir que no existe todavía ni una práctica consolidada ni un consenso suficiente entre los Estados acerca de la prohibición de estos mecanismos.

toamnistías y amnistías absolutas a amnistías democráticas y condicionadas: McEVOY - MALLINDER, “Amnesties in Transition...”, cit., p. 415; para más detalles, véase *infra*, sección 5.

⁷⁵ Tribunal Supremo de España, Sala Segunda de lo Penal, sentencia nº 101/2012 de 27 de febrero de 2012, ponente: Martínez Arrieta (sentencia absolutoria). El TS reconoció que puede haber circunstancias, en los contextos de transición, que recomienden la aprobación de una disposición de amnistía como medida de reconciliación social y siempre que se respeten algunas condiciones mínimas: por ejemplo, que no se limite su alcance a uno solo de los bandos enfrentados, y que no esté aprobada por los “vencedores”, es decir por los mismos responsables de los crímenes. La Ley 46/1977 de Amnistía, en este sentido, constituyó “un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía”, fue el fruto de la voluntad del pueblo español, expresada a través de sus representantes elegidos, y por esta razón su legitimidad no puede ser cuestionada por ningún juez o tribunal. Para un comentario: MACULAN, E., “Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y del papel del juez-historiador: La aportación de la STS 101/2012”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 8, 2012, pp. 497-518. A conclusiones similares han llegado también otros tribunales constitucionales: se puede mencionar la decisión la intervención del Supremo Tribunal Federal brasileño que rehusó revocar la Ley de Amnistía de 1979 [STF, Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153), 29/4/10] y la sentencia de la Corte Constitucional sudafricana sobre la legitimidad del *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* de 1995, ley que constituyó la TRC (caso “Azapo”: *Azanian Peoples Organization v. President of the Republic of South Africa*, sentencia del 25/7/96).

Por último, el hecho de que Naciones Unidas haya tomado parte, en época bastante reciente, en negociaciones de paz que incluían en el objeto de acuerdo la posibilidad de conceder amnistías por los crímenes cometidos durante el conflicto armado⁷⁶, demuestra que la propia postura de la comunidad internacional acerca de este instituto no es uniforme ni estricta⁷⁷.

El TEDH también parece alinearse a esta interpretación flexible, o al menos a una postura más prudente que su homólogo interamericano: pese a incidir en las obligaciones de los Estados de *investigar* las violaciones de los derechos humanos, el TEDH, hasta tiempos muy recientes, no había afirmado una prohibición general de las amnistías y medidas similares⁷⁸. Esto ha llevado a concluir que la interpretación estricta del deber internacional de persecución y castigo es una evolución regional, latinoamericana, pero que no tiene validez universal⁷⁹.

⁷⁶ Pueden mencionarse los casos de El Salvador, Guatemala, Sierra Leona: véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 169-178.

⁷⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Foundations and General Part, OUP, Oxford, 2013, p. 424.

⁷⁸ En *Dujardin v. France* (16734/90), European Commission, 2/9/91, la CEDH (cuyas competencias fueron posteriormente absorbidas por el propio TEDH) confirmó la validez de una amnistía aprobada en referéndum popular en el proceso de concesión de independencia a Nueva Caledonia, alegando su excepcionalidad y su necesidad para promover la reconciliación. Ni siquiera en *Ould Dahl v. France* (13.113/03), 17/3/09, donde afirma que “las amnistías son generalmente incompatibles con el deber de Estado de investigar”, excluye por completo la admisibilidad de estas disposiciones, matizando en relación con las circunstancias del caso concreto: GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo...”, cit., pp. 322 y ss.

⁷⁹ DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty...*, cit., p. 316. Esta diferencia de aproximación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana ha sido explicada a raíz del fundamento sobre el que cada uno de ellos arraiga esta obligación. Por una parte, la jurisprudencia interamericana vincula el deber de persecución y castigo directamente a la reparación en beneficio de las víctimas, es decir, que considera la persecución penal

Sin embargo, las evoluciones más recientes de la jurisprudencia del TEDH muestran claros signos de la influencia de su homólogo interamericano⁸⁰: así, en la sentencia *Margus v. Croacia* el Tribunal afirma que la prohibición de amnistías para crímenes internacionales *está alcanzando* el estatus de norma consuetudinaria *en formación*⁸¹. Pero hay que destacar que el Tribunal matiza esta afirmación al declarar que: “*Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles, donde hay algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al recurrente en el presente caso aún no sería aceptable porque no se dan estas circunstancias*”⁸². Por lo tanto, el TEDH no zanja definitivamente la cuestión, sino que deja abierta la posibilidad de aceptar que ciertas formas de amnistía son posibles. Además, merece la pena destacar los argumentos esgrimidos por el grupo de expertos que

y el castigo de los responsables como una verdadera medida de reparación, a la que las víctimas tienen derecho. Por otra parte, el TEDH considera el castigo penal no como forma de reparación individual, sino como instrumento que cumple con una función preventiva, en una dimensión colectiva que afecta a la sociedad en su conjunto. SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., p. 190; VIGANO, “Sobre las obligaciones...”, cit. Al mismo tiempo, la jurisprudencia de Estrasburgo ha interpretado, tradicionalmente, el deber estatal de garantizar una “satisfacción justa” (art. 41 CEDH) como una obligación de compensación económica [C. TOMUSCHAT, “The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals”, en H.-J. Cremer (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2002, p. 319]: de ahí que el Derecho penal no constituya la medida principal que el Tribunal impone en caso de detectar una vulneración de la obligación estatal de protección de los derechos humanos. Se trata de una obligación de *investigar* más que de perseguir penalmente: MCEVOY - MALLINDER, “Amnesties in Transition...”, cit., p. 420.

⁸⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Deberes positivos...”, cit.

⁸¹ TEDH, *Marguš v. Croacia* (4455/10), Judgment, 13/11/12, parág. 139.

⁸² Ídem, párr. 139 (traducción libre y cursiva añadida).

intervinieron en el proceso como *amici curiae*, y en su esencia recogidos por los jueces Šikuta, Wojtyczek y Vehabović en su voto concurrente: se reconoce que el estado actual del Derecho internacional no permite concluir que existe una prohibición *absoluta* de amnistías, y que semejante postura estricta *tampoco es deseable*⁸³.

A diferencia del (abusado) lema esgrimido por los valedores de la interpretación estricta, el lema que mejor resumiría la postura flexible sería por lo tanto el más realista: “tanta justicia [penal] como paz lo permita”⁸⁴.

⁸³ Me parece interesante transcribir aquí un punto relevante de esta opinión: “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. The third-party interveners submitted solid arguments against recognising the existence of a rule of international law prohibiting amnesties completely in cases of human rights violations. 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” (párr. 9 del voto concurrente, cursiva añadida).

⁸⁴ MALARINO, E., “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 9, 2013, p. 211. Existen también posturas, por así decirlo, intermedias, que convierten el dilema “paz vs. justicia” en una secuencia temporal: “primero paz, luego justicia”: véase por ejemplo SNYDER, J. - VINJAMURI, L., “Trials and Errors. Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice”, *International Security*, vol. 28, n° 3, 2003/2004, pp. 5-44. No obstante, no me parece muy realista configurar esta estrategia desde el principio, pues ningún líder o grupo armado aceptaría sentarse a negociar una salida pacífica a la violencia con la promesa de quedar exento de responsabilidad penal, pero sabiendo que esta exención es temporal y será levantada una

La interpretación flexible me parece por lo tanto mejor fundamentada en las normas internacionales y en las experiencias transicionales concretas. Pero además de eso, creo que se trata de la única postura aceptable partir de una reflexión sobre los fines del Derecho y del proceso penal en los contextos de transición.

4. AMNISTÍAS, INDULTOS Y FINES DEL PROCESO PENAL Y DE LA PENA EN CONTEXTOS DE TRANSICIÓN

Analizar la admisibilidad de las medidas como la amnistía y el indulto en contextos de transición requiere, en mi opinión, la realización de un cuestionamiento más en profundidad, que suele en cambio obviarse, sobre los fines que la pena y el Derecho penal cumplen en este tipo de contextos. En ellos siempre partimos del concepto de que el Estado está viviendo una situación extraordinaria, en la que el normal funcionamiento de sus instituciones se ha visto subvertido muy en profundidad y la prioridad del Estado debería ser la pacificación o la consolidación de sus instituciones. Ante estas circunstancias, los fines de la pena y del proceso penal necesitan ser replanteados, al menos parcialmente.

Sin poder detenerme demasiado sobre este aspecto⁸⁵, quiero hacer hincapié en que el fin que mantiene su validez y prioridad en este tipo de situaciones es la prevención general positiva o, dicho en términos más propios de la tradición anglosajona, la función comunicativa⁸⁶, combinada con un

vez que la paz se consolide: comparte la misma crítica KERSTEN, *Justice in Conflict*, cit., pp. 27 y ss. Además, esta opción supondría una grave infracción del principio de seguridad jurídica.

⁸⁵ Para ello remito a MACULAN, E., “Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición”, en A. Gil Gil - E. Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, pp. 207-240.

⁸⁶ Así como la teoriza DUFF, A. R., *Punishment, Communication and Community*, OUP, Oxford, 2001.

elemento de intimidación y con un fundamento retributivo. A través del proceso penal y de la pena, el Estado envía un mensaje a la sociedad: expresa la reprobación de la comunidad ante determinadas conductas, confirmando de esta manera los valores sociales protegidos por las normas penales y restaurando la confianza en ellos.

En los contextos transicionales, además, no se trata solamente de reafirmar las normas y los valores consolidados y compartidos en la sociedad, que uno o pocos sujetos aislados han vulnerado, sino de recuperar los valores que el régimen represor o los actores en el conflicto armado han estado infringiendo de manera sistemática. Se trata de valores (la vida, la dignidad humana, la protección contra la tortura, entre otros) reconocidos, más allá de la idiosincrasia de las sociedades afectadas, como universales e inherentes al propio ser humano⁸⁷, así como universal es la reprobación de determinadas conductas que los vulneran de manera grave o, al menos, la invalidez de las justificaciones que pretenden amparar esas vulneraciones⁸⁸.

Ahora bien, el núcleo central del mensaje que se quiere mandar es el reproche, la estigmatización, la condena de de-

⁸⁷ En este aspecto no coincido con la crítica formulada por Eiroa y por Pastor, según los cuales, si ya es difícil identificar un parámetro de moralidad común en una sociedad, más difícil todavía es encontrarlo a nivel mundial y por lo tanto el DPI expresa la “moral dominante” propia de las potencias hegemónicas: EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., pp. 148-150; PASTOR, D. R., *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 110 y ss. En mi opinión, la imposición por estas potencias se refiere a los *modelos* de justicia, a los mecanismos aplicados para su ejercicio, pero no a los valores, esenciales y compartidos, que estos pretenden proteger.

⁸⁸ En este sentido, coincido plenamente con el “pluralismo cosmopolita” propuesto por Drumbl, que defiende la universalidad de la condena de determinados crímenes a la vez que aboga por el pluralismo de los mecanismos elaborados para enfrentarse a su comisión: DRUMBL, M. A., *Atrocity, Punishment and International Law*, CUP, Cambridge, 2007, pp. 182 y ss.

terminadas conductas que constituyen una vulneración de los valores sociales más importantes que el ordenamiento jurídico pretende proteger. Este mensaje es expresado por el ritual del proceso penal, cuando el presunto responsable se sienta en el banquillo y se enfrenta a la acusación y al juez, así como por la sentencia que declara oficialmente su responsabilidad.

La pena constituye, en mi opinión, un segundo momento de formulación de este mensaje, respecto del cual cumpliría una función expresiva propia que consiste en reflejar el *desvalor del hecho*: cuanto mayor desvalor tenga el injusto y cuanta más culpabilidad se reconozca en el condenado, mayor castigo se necesita para que ese desvalor quede representado y resulte visible.

Existe un tercer momento en el que se desarrolla esta función, a saber, la ejecución de la pena. Cuando el sujeto cumple la condena que se le impuso, confirma una vez más la seriedad e importancia del mensaje de reproche y el desvalor del hecho, dándole un contenido concreto y, por así decirlo, tangible.

Sin embargo, considero que la eliminación de este tercer momento no perjudicaría el cumplimiento de la función expresiva, que quedaría realizada con el proceso penal y la imposición de la condena. Ello podría ocurrir con la decisión, coetánea o posterior a la condena, de suspender su ejecución o de sustituirla por otra clase de sanciones, en razón de consideraciones de oportunidad, ajenas a lo injusto culpable. Las exigencias y prioridades propias del contexto transicional, como la de alcanzar un acuerdo de paz o de mantenerlo, la de implicar a los criminales en la averiguación de lo ocurrido y en la reparación en beneficio de las víctimas, la de evitar un resurgimiento de la violencia, podrían ser tomadas en cuenta como factores que inciden en la ejecución de la pena, suspendiéndola, limitándola o sustituyéndola por otra clase de medidas. En este ámbito encajarían por ende el indulto, como medida que extingue en todo o en parte la pena, y otros mecanismos de suspensión de la ejecución de la pena o liberación adelantada.

Pero estas consideraciones podrían intervenir también, en mi opinión, antes de la imposición de condena, afectando de esta manera al segundo momento en el que se manifiesta la función expresiva. Se trataría de elementos a tomar en cuenta en la valoración de la *punibilidad*, que podrían llevar a optar por una pena que se aparta parcialmente de aquella que refleja estrictamente el desvalor del hecho y el reproche (reducción de penas o sanciones alternativas). La punibilidad como elemento autónomo del delito –conforme a la postura que aquí se adopta al respecto, ya que se trata de una categoría muy discutida⁸⁹– cumple de hecho la importante tarea de permitir ajustar la intervención del Derecho penal y la condena a criterios de eficacia, efectividad y eficiencia⁹⁰. Además, criterios fundados en la prevención especial también pueden sugerir modificaciones en la pena a imponer o en su ejecución, en la medida en que la participación de los acusados en mecanismos especiales dirigidos a la reconstrucción de la verdad y/o a la reparación a las víctimas demuestra su potencialidad para la resocialización y una correspondiente menor necesidad de castigo. Se trata de criterios correctivos que intervendrían para integrar la función principal del proceso y de la pena que es, como se ha dicho, la prevención general positiva integradora o comunicativa.

Por último, también cabe plantear soluciones que impliquen la renuncia (al menos parcial) ya no sólo a la pena, sino a la intervención penal en su conjunto, en la forma de medidas de amnistía, igualmente arraigadas en consideraciones político-criminales y también ubicadas, en la sistemática del delito, en la punibilidad. En este caso, creo que la función comunicativa o preventivo-general a la que está dirigido el pro-

⁸⁹ Véase al respecto el reciente e interesante estudio de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 77 y ss.

⁹⁰ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Algunas reflexiones...”, cit., p. 255.

ceso penal podría sustituirse, de manera excepcional y debido precisamente a la excepcionalidad del contexto de transición, por otros mecanismos que puedan transmitir el mismo mensaje estigmatizante y de reafirmación de los valores jurídicos vulnerados⁹¹. El ritual en el que consiste el juicio penal puede ser sustituido por otro tipo de rituales (por ejemplo, una declaración pública de responsabilidad ante una Comisión de la verdad, como la TRC sudafricana) que consigan transmitir el mismo mensaje, a la vez que respeten unas condiciones procedimentales de *fairness* y legitimidad⁹².

En la esfera de la punibilidad pueden por lo tanto cobrar relevancia, legitimando medidas como la amnistía o el indulto, factores de la realidad que, de no ser debidamente considerados, podrían producir el efecto paradójico de convertir el Derecho penal en un obstáculo, y no en un instrumento, para el mantenimiento del orden social y la protección de los bienes jurídicos (que es su fin último). Y es que “el ideal de castigo, compartible en las situaciones de normalidad, pierde fuerza en situaciones límite en las cuales la punición –o su intento– pondría en riesgo la paz y con ello la vida y los derechos esenciales de los ciudadanos”⁹³.

No hay que olvidar que el Derecho penal no deja de ser una *herramienta* con la que cuenta el Estado para alcanzar el fin último de protección de los bienes jurídicos y con ello garantizar la convivencia pacífica entre los individuos que integran una comunidad⁹⁴. Cuando existen otros mecanismos

⁹¹ También manifiestan esta idea MCEVOY - MALLINDER, “Amnesties in Transition...”, cit., p. 422.

⁹² FREEMAN, M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, CUP, Cambridge, 2006, pp. 88 y ss.

⁹³ MALARINO, “Transición, derecho penal y amnistía...”, cit., p. 211.

⁹⁴ AMBOS, K. - STEINER, C., “Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 12, 2003, p. 193.

que permiten garantizar de manera más satisfactoria esta protección o, al revés, cuando el propio Derecho penal corre el riesgo de convertirse, de ser aplicado, en una amenaza para esos bienes, en la medida en que termina por desestabilizar el ordenamiento que pretende encargarse de esa protección, entonces hay que admitir que la intervención penal tiene que dar un paso atrás, siendo modulada y limitada en función de las circunstancias concretas.

5. TRATAMIENTO DE LAS AMNISTÍAS E INDULTOS EN CONTEXTOS DE TRANSICIÓN

A raíz de lo expuesto hasta aquí, considero que la valoración de la admisibilidad de amnistías e indultos en contextos transicionales tiene que hacerse en atención a cinco requisitos:

1) A partir de una interpretación flexible de la obligación de persecución penal y castigo que, como se ha explicado, además de contar con un fundamento normativo y argumentativo sólido⁹⁵, es la interpretación que mejor se condice con los límites y características de los fenómenos delictivos a los que se enfrentan los procesos transicionales y con los fines que el Derecho penal se propone cumplir en estos contextos⁹⁶.

2) Aceptando que el Derecho penal no puede cumplir de manera satisfactoria todos los objetivos de un proceso transicional y que, al revés, mecanismos que impliquen su limitación o suspensión parcial y temporal pueden lograr mejores resultados en estos ámbitos.

3) En relación con el punto anterior, aceptando que la “justicia” a la que apuntan los procesos transicionales es un concepto amplio, que incluye la justicia penal pero no se limita a ella⁹⁷.

⁹⁵ Véase *supra*, sección 3.4.

⁹⁶ Véase *supra*, sección 4.

⁹⁷ MACULAN, E. - GIL GIL, A., “The Rationale and Purposes of Criminal Law in Transitional Contexts”, en prensa; GIL GIL, A., “El papel del Dere-

4) Con una aproximación caso por caso, es decir, analizando las especificidades de cada situación concreta, en relación tanto con la disposición legal que prevé estas medidas como con las circunstancias en que se aprobó y con su aplicación práctica.

5) Aplicando la técnica de ponderación de intereses. Este punto es fundamental para determinar la necesidad de estas medidas, su aptitud para alcanzar los fines propuestos y su proporcionalidad⁹⁸.

La misma idea de necesaria *ponderación* de los intereses en juego es reflejada de manera brillante por la Corte Constitucional colombiana, de manera recurrente, en sus pronunciamientos relativos a las medidas transicionales que desde 2005 se han venido aplicando en ese contexto, pero especialmente en su sentencia C-579/2003⁹⁹. Aunque el objeto de esta decisión no sean disposiciones de amnistía o indulto sino los criterios de selección y priorización de casos introducidos por la reforma constitucional aprobada en 2012, conviene citarla aquí porque establece que el deber internacional de persecución penal y castigo es un *principio*, no una regla, y como tal entra en el ejercicio de ponderación de intereses¹⁰⁰.

cho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva”, en A. Gil Gil - E. Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, pp. 372 y ss.

⁹⁸ Ambos desarrolla este test en tres pasos:

1. La medida es adecuada para alcanzar un determinado objetivo, como es una transición pacífica, lo que conlleva analizar la legitimidad del fin propuesto.

2. La medida es necesaria para alcanzar ese objetivo.

3. La medida está proporcionada en sentido estricto (a la calidad o cantidad de los actos que cubre y a los objetivos perseguidos): AMBOS, *Treatise*, cit., p. 420; AMBOS, “El marco jurídico...”, cit., pp. 57 y ss.

⁹⁹ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-579/2013, de 28/8/13.

¹⁰⁰ Basándose en este razonamiento, la Corte concluye que el objetivo prioritario de alcanzar una paz sostenible requiere la aplicación

En términos muy similares se ha expresado el juez García Sayán, de la Corte IDH, en su brillante voto concurrente en el caso *Masacre de El Mozote v. El Salvador*, de 2012¹⁰¹, del que transcribo aquí un párrafo esencial: “De este modo, en cier-

de mecanismos excepcionales, y confirma la legitimidad constitucional de los criterios de selección y priorización de casos. También destaca que el límite a la aplicación de estos criterios es que se garantice la persecución penal de los crímenes internacionales cometidos de manera sistemática. Para un análisis detallado de la sentencia, véanse las contribuciones recopiladas en AMBOS, K. - ZULUAGA J. (dirs.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579/2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, 2014. El mismo límite se adopta también en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el mecanismo de justicia transicional creado en el marco del Acuerdo de paz firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. El Sistema prevé, entre otras medidas, la posibilidad de conceder la amnistía a los responsables de delitos políticos y conexos, pero tanto el texto del Acuerdo como la Ley de Amnistía que lo desarrolla establecen que quedan terminantemente excluidos del alcance de la 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 o como parte de un plan o política–, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma” (numeral 40, p. 151 del Acuerdo final y art. 23, parágrafo de la ley 1820/2016, de 30/12/16, de Amnistía).

¹⁰¹ Corte IDH, *El Mozote y lugares aldeanos v. El Salvador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25/10/12, voto concurrente del juez García Sayán. El voto de la mayoría también parece ir en parcial contratendencia respecto de la jurisprudencia consolidada de esa misma Corte, porque establece que, para valorar la compatibilidad de una amnistía en contextos de conflicto armado interno, hay que tomar en cuenta también el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, que las admite como instrumentos para la paz. Pese a que la sentencia concluya afirmando la incompatibilidad de la amnistía con la Convención Americana, este razonamiento marca un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte.

tas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, *tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz*¹⁰².

A partir de estos requisitos o criterios básicos, creo que se pueden determinar algunas líneas guía para que se adopten medidas de amnistía e indulto en contextos de transición, sin convertirse en un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

5.1. Las amnistías

Para determinar la compatibilidad de disposiciones de amnistía con los deberes internacionales del Estado, hay que distinguir entre distintas clases de amnistía, prestando atención a su alcance, órgano y procedimiento de aprobación y condiciones¹⁰³.

¹⁰² Ídem, párr. 38, cursiva añadida.

¹⁰³ Otra posible clasificación de las amnistías se basa en el momento en que se aprueban, es decir: en el marco de un conflicto en curso, como parte de un proceso de paz que está empezando o bien después del fin del conflicto. Sin embargo, esta clasificación no incide en realidad en la legitimidad y admisibilidad (desde el punto de vista jurídico) de estas medidas, sino que es útil más bien para medir su impacto en el desarrollo del conflicto y posconflicto, como demuestra REITER, A. G., "Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict", *Israel Law Review*, vol. 47, n° 1, 2014, pp. 133-147.

En primer lugar, las *autoamnistías* son en todo caso inadmisibles, mientras que las *amnistías democráticas* pueden tener cabida en un escenario de transición¹⁰⁴. Este argumento se arraiga en la *legitimidad del órgano* del que emana la disposición de amnistía: mientras que un gobierno *de facto*, de por sí ilegítimo, no puede recurrir a este mecanismo, sí puede hacerlo un Parlamento democráticamente elegido. En realidad, la legitimidad del órgano competente se interpreta también como un *indicador de la legitimidad de la finalidad* que mueve a la adopción de esta medida: en el primer caso, el objetivo es que los represores se protejan a sí mismos de la persecución penal; en el segundo, en cambio, puede ser un precio que hay que pagar para evitar el riesgo de nuevos golpes de Estado¹⁰⁵, una medida de reconciliación social, de consolidación de las nuevas instituciones o para permitir la inclusión de determinados actores armados en el nuevo orden social¹⁰⁶. Para ello, hay que verificar si las amnistías se aprobaron “de buena fe, para favorecer la reconciliación, promover la verdad, proporcionar a las víctimas un foro para

¹⁰⁴ Así, entre otros, GIL GIL, “El tratamiento jurídico...”, cit., p. 40; FORNASARI, *Giustizia di transizione (diritto penale)*, cit., pp. 566-567; *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 171-181; MALARINO, “Transición, derecho penal y amnistía...”, cit., pp. 219-220; AMBOS, *Treatise*, cit., p. 420; TAMARIT SUMALLA, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política criminal*, vol. 7, n° 13, 2012, pp. 74-93; DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 259 y ss.; MALLINDER, *Amnesty, Human Rights*, cit.; TEITEL, *Transitional Justice*, cit., pp. 52 y ss.

¹⁰⁵ Como ocurrió con las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final en Argentina: véase NINO, C. S., *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Buenos Aires, 2006, pp. 145 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido se pueden interpretar la amnistía por delitos políticos concedida por el *Amnesty Committe* de la TRC sudafricana y la amnistía para delitos políticos y conexos, prevista en el Acuerdo de paz recientemente firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP y en la Ley colombiana 1820/2016, de 30/12/16, de Amnistía.

revelar su sufrimiento y recibir el reconocimiento y para ofrecer reparación a las víctimas”¹⁰⁷.

En segundo lugar, las amnistías *bilaterales* (que benefician a ambas partes enfrentadas en un conflicto, o implicadas en abusos masivos de derechos humanos) tienen, en línea teórica, una mayor legitimidad en relación con el principio de igualdad y pueden ser aceptadas con más facilidad por la sociedad¹⁰⁸, aunque la aplicabilidad de este principio depende mucho de las dinámicas violentas a las que nos enfrentemos, de los actores implicados y de sus correspondientes responsabilidades en las violaciones de derechos humanos¹⁰⁹.

En tercer lugar, las *amnistías absolutas e incondicionadas*, o *blanket amnesties*, que cubren todos los delitos cometidos en la época de violencia masiva sin pedir nada a cambio, son en principio inadmisibles. Se puede recurrir, en cambio, a *amnistías condicionadas*, que someten su aplicación al cumplimiento de determinadas obligaciones por los beneficiarios. Estas condiciones están dirigidas a alcanzar los demás objetivos fundamentales de todo proceso transicional, a saber, la averiguación de la *verdad* sobre lo ocurrido, la *reparación* en beneficio de las víctimas y las *garantías de no repetición*¹¹⁰.

Se insertan aquí, por lo tanto, aquellos mecanismos que vinculan la concesión de amnistía:

a) A la participación de los presuntos criminales en la investigación llevada a cabo por órganos de carácter extrajudi-

¹⁰⁷ MALLINDER, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., p. 221.

¹⁰⁸ TEITEL, *Transitional Justice*, cit., p. 59.

¹⁰⁹ Así, la ley colombiana 1820/2016, de 30/12/16, de Amnistía prevé una amnistía para delitos políticos y conexos, aplicable a los miembros de grupos armados ilegales, a la vez que una “reuncia a la persecución penal” y la “libertad transitoria condicionada y anticipada” (arts. 45 ss. y 51 ss. de la ley) para los miembros de las Fuerzas Armadas colombiana que hayan cometido delitos en el marco del conflicto armado.

¹¹⁰ CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 250 y ss.; BONET PÉREZ - ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad*, cit.

cial, como las comisiones de la verdad. Por ejemplo, la amnistía concedida por la TRC sudafricana estaba subordinada a la condición –entre otras– de que el sujeto declarara públicamente su responsabilidad por los delitos contestados¹¹¹.

b) A mecanismos de justicia comunitaria o tradicional, que comprendan la declaración oficial de responsabilidad –fuera del ámbito penal– por los delitos cometidos y, en su caso, las disculpas de su perpetrador. Cabe mencionar aquí los *nyouo tong gweno* y los *mato oput* en Uganda, que recuperaron rituales propios de la tradición del pueblo Acoholi como condición para otorgar la amnistía¹¹². También encaja aquí la *Community Reconciliation Procedure* aplicada en la transición en Timor Leste –como complemento a la actividad de la Comisión de la Verdad–, que determinaba la extinción de la responsabilidad penal para los responsables de delitos –eso sí, de menor gravedad– que declararan su responsabilidad en un evento público ante los líderes de las comunidades locales¹¹³.

c) A la colaboración en programas de reparación a las víctimas, con carácter monetario o simbólico. Vuelvo a mencionar aquí como ejemplo la *Community Reconciliation Procedure* en Timor Leste, pues otra condición para extinguir la responsabilidad penal era la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, en una perspectiva de justicia restaurativa.

d) Al proceso de desarme, desmovilización y reinserción (DDR) –si esos sujetos pertenecían a grupos armados ilegales– o a medidas de depuración o reforma de las instituciones –toda vez que los crímenes se adscribían a la estructura estatal–. Cabe mencionar aquí como ejemplo la amnistía prevista en el Acuerdo de paz firmado entre el Gobierno co-

¹¹¹ LOLLINI, *Constitutionalism...*, cit.; EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., pp. 269 y ss.

¹¹² MALLINDER, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., p. 221.

¹¹³ BURGESS, P., “Justice and reconciliation in East Timor”, *Criminal Law Forum*, nº 15, 2005, pp. 135-158.

lombiano y las FARC-EP, cuya aplicación está subordinada –entre otras condiciones– al previo desarme y desmovilización del grupo guerrillero¹¹⁴.

Estas condiciones podrán imponerse de manera alternativa o cumulativa, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto¹¹⁵.

La lógica detrás de estos mecanismos es por lo tanto la de un intercambio¹¹⁶, que, a la vez que permite sortear los factores de *imposibilidad* de persecución penal, ofrece a los criminales un incentivo importante para contribuir a la realización de los demás pilares de la transición (verdad, reparación y no repetición).

5.2. Los indultos

Hay que reconocer que la doctrina especializada ha puesto una menor atención al mecanismo del indulto aplicado en contextos de transición, a la vez que ha habido una cantidad mucho menor de pronunciamientos de órganos de protección de los derechos humanos al respecto.

Se ha alegado que históricamente, en situaciones de transición, la aplicación de indultos ha sido menos frecuente que la de medidas de amnistía¹¹⁷. En realidad, en las experiencias

¹¹⁴ MACULAN, “El proceso transicional colombiano...”, cit., pp. 67 y ss.

¹¹⁵ Un ejemplo de aplicación cumulativa es la Ley de Justicia y Paz colombiana, que prevé la concesión –no ya de una amnistía en sentido estricto sino de una pena muy reducida (prisión de 5 a 8 años)–, a cambio de la desmovilización, de una declaración sobre los crímenes cometidos (versión libre), y de la contribución efectiva a la reparación en beneficio de las víctimas. Véase por ejemplo HUBER, F., *La Ley de Justicia y Paz: desafíos y temas de debate*, Bogotá, 2007.

¹¹⁶ MACULAN, “El proceso de paz colombiano...”, cit., pp. 67-69.

¹¹⁷ CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 458 y ss. Este autor recuerda, respecto del continente latinoamericano en el que desarrolla su estudios, los indultos aprobados por el Presi-

transicionales que han ido desarrollándose a lo largo del mundo se han aplicado muchísimas medidas cuyo efecto es análogo al indulto, aunque formalmente no se definieran como tales.

La razón de la escasa atención de la doctrina al indulto no se debe, por lo tanto, a un dato cuantitativo en la realidad, sino más bien, en mi opinión, al hecho de que esta medida plantea relativamente menos problemas que las amnistías: como ya he destacado, los indultos no impiden la investigación, el enjuiciamiento ni la determinación de responsabilidad, sino que eliminan, en todo o en parte, la pena. Su aplicación no afecta por lo tanto a la investigación de los hechos ni al reconocimiento de responsabilidades correspondientes –que redundarían en la satisfacción del derecho a la verdad–, sino solamente a la pena.

Dicho esto, me parece indudable que, al igual que para las amnistías, es un requisito imprescindible para la legitimidad de los indultos como herramientas transicionales el haber sido aprobados por autoridades democráticamente elegidas, de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos y con el objetivo no de garantizarse a sí mismas la impunidad, sino de favorecer la pacificación, reconciliación y consolidación del nuevo orden social –aplicando esa “buena fe” que sugiere Mallinder¹¹⁸–.

Además, los indultos también podrían utilizarse eficazmente, en mi opinión, como moneda de cambio para fomentar la colaboración de los criminales en el proceso transicional. Así, se pueden diseñar mecanismos que subordinen la concesión del indulto al pago de una compensación económica a las víctimas de los delitos, a la participación en actividades de

dente Menem en Argentina (después de las Leyes de Obediencia debida y Punto final, que ya estaban en vigor) para los miembros de las Juntas condenados y para otros sujetos en ese entonces procesados (decreto 2741/90); y los decretos 44, 62, 63 de 1989 en Nicaragua.

¹¹⁸ MALLINDER, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., p. 221.

carácter restaurativo, y/o a la efectiva dejación de las armas. Parcialmente diferente de la amnistía sería, en mi opinión, la relevancia de la contribución del criminal a la averiguación de los hechos –en la forma de confesión, versión libre u otra clase de declaraciones– como condición para beneficiarse del indulto. Ya que la averiguación de la verdad en sede procesal penal no se ve afectada por la aplicación de esta medida –que como he dicho no impide la celebración del juicio ni la determinación de responsabilidades–, puede parecer irrelevante imponer condiciones de este tipo. No obstante, entiendo que se podría de todas formas requerir la colaboración de los beneficiarios del indulto en las investigaciones llevadas a cabo, por ejemplo, por una comisión de la verdad, debido a que el objetivo y alcance de estas actividades es diferente y más amplio que el de los juicios penales¹¹⁹.

6. CONCLUSIONES

Pese a la dificultad en establecer una clara línea de demarcación entre amnistías e indultos, se puede concluir que ambos pueden ser instrumentos eficaces de la justicia de transición. Tanto la experiencia histórica como la reflexión sobre los fines y límites del Derecho penal en contextos transicionales, confirman su utilidad en estos escenarios. A partir de

¹¹⁹ Sin poder entrar aquí en detalle en el tema, recuerdo que la verdad reconstruida por las comisiones de la verdad, de investigación y similares, es por su propia naturaleza más amplia que la verdad judicial, tanto en relación con su objeto (que no se limita a los hechos delictivos cometidos por una o más personas, sino que abarca fenómenos, causas, consecuencias, víctimas...), como en relación con sus límites, pues no está sometida a las restricciones impuestas por los estándares de prueba, el principio de legalidad, etc. Para una brillante reflexión sobre la diferencia entre estos dos tipos de verdad, véase, también para referencias ulteriores: PASTOR, D. R., “Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal”, en Maculan - Pastor, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, pp. 19-143.

una interpretación flexible de la obligación internacional de persecución y castigo, se puede afirmar que “lejos de denegar la justicia, las amnistías [y, añadido yo, los indultos] pueden (...) utilizarse para facilitar y favorecer el cumplimiento del Estado de derecho, fortalecer las normas jurídicas y contribuir a procesos más amplios de ‘gestión del pasado’ a nivel social y comunitario”¹²⁰.

A estos efectos, ambas medidas tienen que cumplir, primero, con criterios de necesidad y proporción –que se miden aplicando la técnica de la ponderación de intereses– y, segundo, una serie de condiciones de legitimidad. Entre estas, resulta fundamental el haber sido aprobadas por instituciones democráticas, de buena fe y con el objetivo no de autoprotección, sino de favorecer la reconciliación, el cese de la violencia y/o la consolidación del nuevo orden social.

Además, combinar las amnistías e indultos con mecanismos de verdad, reparación, DDR o reforma permite alcanzar un doble objetivo: Por un lado, subordinar la concesión de esos beneficios a una o más condiciones que impongan algún tipo de gravamen a los condenados evita convertirlos en instrumentos de cruda impunidad. Por otro lado, es una estrategia muy útil para fomentar la contribución de los criminales en las actividades de carácter extrapenal que pretenden alcanzar los fines propios del proceso transicional –verdad, reparación, no repetición, reconciliación–.

La aplicación de amnistías e indultos en contextos de transición, por lo tanto, no entraña una denegación de justicia, sino la aceptación de un concepto de justicia más amplio, consciente de las limitaciones de la justicia penal, más acorde con las circunstancias contingentes de los procesos transicionales y a la vez más conforme con el fin último del Derecho penal, es decir, la protección de los bienes jurídicos y el mantenimiento del orden social.

¹²⁰ McEVOY - MALLINDER, “Amnesties in Transition...”, cit., pp. 427-428 (traducción libre).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ARCARAZO/BUCHAN/URUEÑA, “Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of international criminal law”, en *Criminal Law Forum*, n° 26, 2015, pp. 291-318.
- AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, *Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- “El marco jurídico de la Justicia de transición”, en Ambos/Malarino/Elsner (dirs.), *Justicia de transición*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 23-129.
- AMBOS/STEINER, “Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 12, 2003, pp. 191-211.
- AMBOS/ZULUAGA (dirs.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.
- BASSIOUNI, “The Need for International Accountability”, en Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. III, Transnational Publishers, New York, 1999, pp. 3-30.
- BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, vol. II, 9ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1995.
- DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge, 2007.
- BONET PÉREZ/ALJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos humanos y Justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- BROCKMAN-HAWE, “Amnesty at the ICTY: an analysis of the Karadzic Immunity Decision”, en *International Criminal Law Quarterly*, 2009, pp. 726 y ss.
- BURGESS, “Justice and reconciliation in East Timor”, en *Criminal Law Forum*, n° 15, 2005, pp. 135-158.
- CARO CORIA, “Indulto pero con candado”, en *El Comercio* de Perú, 29 de junio de 2017.
- CASSESE, “The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n° 4, 1 de diciembre de 2004, pp. 1130-1140.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenos, Sevilla, 2007.
- “La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2 De-

- recho a la vida). Teoría y práctica: de De Becker c. Bélgica a Canales Bermejo c. España”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 125-158.
- CLOSE, “Amnesty Provisions in the Constitutions of the World: A Comparative Analysis”, disponible en Academia.edu, 5 de enero de 2015, pp. 1-10.
- DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, CEDAM, Milano, 2011.
- DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- EDELENBOS, “Human rights violations: a Duty to Prosecute?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, otoño de 1994, pp. 5-21.
- EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- “La prescrizione penale nella giurisprudenza delle corti sovranazionali”, en *Diritto penale XXI secolo*, 2017, pp. 65-84.
 - “Giustizia di transizione (diritto penale)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. *Annali VIII*, Giuffrè, Milano, pp. 547-570.
- FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- GIL GIL, “El papel del Derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva”, en Gil Gil - Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 365-392.
- “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/Maculan/Ferreira (eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, IUGGM – UNED, Madrid, 2017, pp. 21-52.
 - “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, en *InDret*, n° 4, octubre de 2016, pp. 1-39.
 - “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con

- la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho penal internacional*, t. II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2011, pp. 301-334.
- GUTIÉRREZ RAMÍREZ, “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, en *Estudios socio-jurídicos*, vol. 16, n° 2, 2014, pp. 23-60.
- HUBER, *La Ley de Justicia y Paz: desafíos y temas de debate*, Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, Bogotá, 2007.
- KERSTEN, *Justice in Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- LOBBA, “Ai confini della giustizia penale internazionale: i khmer rossi a processo davanti alle ‘Extraordinary Chambers’ di Cambogia”, en *Indice penale*, n° 2, 2012, pp. 607-646.
- LOLLINI, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Berghahn Books, Oxford-New York, 2011.
- MACULAN, “Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición”, en *Revista penal*, n° 41, 2018, pp. 117-135.
- “Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición”, en Gil Gil/Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 207-240.
 - “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada”, en Gil Gil/Maculan/Ferreira (eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, IUGGM-UNED, Madrid, 2017, pp. 53-84.
 - “La Corte penal internacional”, en Gil Gil/Maculan (dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 79-103.
 - “Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez historiador: la aportación de la STS 101/2012”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 8, julio de 2012, pp. 497-518.
- MACULAN/GIL GIL, “The Rationale and Purposes of Criminal Law in Transitional Contexts” (en prensa).
- MALARINO, “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Gil Gil/Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 23-44.
- “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utili-

- zación del derecho penal en procesos de transición”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 9, enero de 2013, pp. 205-222.
- “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 25-61.
- “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, en *IuraGentium*, 2009, pp. 1-29.
- MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transition – Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008.
- “Amnesties”, en Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, vol. I, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 793-922.
- “Can Amnesties and International Justice be Reconciled?”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 208-230.
- McEVoy/MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, vol. 39, n° 3, septiembre de 2012, pp. 410-440.
- NAQVI, “Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition”, en *International Review of the Red Cross*, n° 851, 2003, pp. 583-625.
- NINO, *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Buenos Aires, 2006.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- “Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo”, en Gil Gil/Maculan (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 243-273.
- OLLÉ SESÉ, “Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales”, en Turégano Mansilla (coord.), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, pp. 79-115.

- ORENTLICHER, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en *The Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, 1991, pp. 2537-2615.
- "Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency", en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n° 1, 2007, pp. 10-22.
- PARENTI, "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, . I, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 211-228.
- PASTOR, D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.
- "Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal", en Maculan/Pastor (dirs.), *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 19-143.
- REITER, "Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict", en *Israel Law Review*, vol. 47, n° 1, 2014, pp. 133-147.
- ROBINSON, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 481-505.
- ROHT-ARRIAZA, "Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress", en Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 1995, pp. 24-38.
- ROHT-ARRIAZA/GIBSON, "The Developing Jurisprudence on Amnesty", en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 4, 1998, pp. 843-885.
- SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious Human Rights Violations*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SNYDER/VINJAMURI, "Trials and Errors. Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice", en *International Security*, vol. 28, n° 3, invierno 2003-2004, pp. 5-44.
- TAMARIT SUMALLA, "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", en *Política criminal*, vol. 7, n° 13, 2012, pp. 74-93.

- TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2001.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, nº 3, julio de 2016, pp. 1-72.
- TOMUSCHAT, “The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals”, en Cremer (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2002, pp. 315-349.
- VIGANÓ, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, en Gómez Martín/Mir Puig/Corcoy Bidasolo, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 311-328.
- WERLE/JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 3ª ed., 2014.
- ZILLI/GIRÃO MONTECONRADO/ROCHA DE ASSIS MOURA, “Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. II, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2011, pp. 393-424.