

41

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2018

41

Penal

Revista Penal

Enero 2018



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 41

Sumario

Doctrina:

– Estado y futuro del Derecho Penal Comparado, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Prevención y control de los medios de financiación del terrorismo como estrategia político-criminal, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	27
– Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP.), por <i>Sergio Cámara Arroyo</i>	47
– Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el Ordenamiento penal español, por <i>Alberto Daunis Rodríguez</i>	73
– El protagonismo de los discípulos de Liszt luego de 1919. Proyecciones reales e hipotéticas de la obra de Liszt entre 1920 y 1945, por <i>Carlos Elbert</i>	91
– Análisis comparado de la intervención penal peruana y española ante la lacra de la siniestralidad laboral: el objeto de protección, por <i>Rosa M^a Gallardo García</i>	104
– Derecho Penal, obligaciones internacionales y justicia de transición, por <i>Elena Maculan</i>	117
– La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas, por <i>Silvia Mendoza Calderón</i>	136
– Expolio de bienes culturales y protección penal internacional, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	153
– ¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada a la corrupción pública? Reflexiones desde el sistema penal paraguayo, por <i>Pablo Andrés Rojas Pichler</i>	181
– Crisis bancarias y Derecho penal económico: entre la necesidad de tutela del ahorro y la autonomía del mercado. Aspectos problemáticos e ideas de reforma, por <i>Pietro Sabella</i>	200
– Pruebas ilícitas en el proceso penal polaco, por <i>Blanka Julita Stefńska</i>	214
Sistemas penales comparados: Terrorismo (terrorism)	226



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Jasmin Bertlings (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Sofía Lascano (Uruguay)
Ludovico Bin (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Derecho Penal, obligaciones internacionales y justicia de transición

Elena Maculan

Revista Penal, n.º 41. - Enero 2018

Ficha técnica

Autor: Elena Maculan

Title: Criminal Law, international obligations and transitional justice

Adscripción institucional: Investigadora posdoctoral con contrato Ramón y Cajal, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado (UNED).

Sumario: I. Introducción. II. La obligación internacional de persecución y castigo. 1. Las fuentes de la obligación. 2. El alcance. 3. El contenido. III. Los efectos de la obligación. 1. Un cambio genético para el Derecho Penal. 2. La aplicación en contextos de transición. 3. Interpretación estricta vs. interpretación flexible. 4. Toma de postura. IV. Aplicación a los mecanismos transicionales: algunas líneas guía. V. Conclusiones.

Resumen: Esta contribución analiza las tensiones que genera la obligación internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos en los contextos de transición. Tras una descripción de las fuentes, del contenido y del alcance de esa obligación, destacando sobre todo su actual indefinición y falta de uniformidad, se pasa a analizar su impacto, por un lado y brevemente, en el concepto de Derecho penal y, por otro lado y sobre todo, en los escenarios transicionales. Se defiende la necesidad de adoptar, en estos contextos extraordinarios en la vida de una sociedad, una interpretación flexible de ese deber, por ser la que mejor se adapta a las exigencias específicas que plantean tanto la criminalidad masiva como los procesos de transición y, además, la que mejor se condice con los fines que el proceso penal y la pena pretenden alcanzar en esos escenarios. Partiendo de esta perspectiva, se proponen unas líneas guías para garantizar y fundamentar la compatibilidad con el deber internacional de persecución y castigo de mecanismos de justicia de transición (como las amnistías, los indultos, los criterios de selección y priorización de casos, etc.) que suponen una limitación en el ejercicio de la acción penal (en una de sus fases o en todas ellas) pero que, a la vez, pueden constituir herramientas esenciales para los procesos de transición.

Palabras clave: Justicia de transición, deber de persecución y castigo, amnistía, mecanismos alternativos, fines de la pena y del proceso penal.

Abstract: This article analyses the tensions created by the international duty to prosecute and punish international crimes and gross human rights violations in transitional contexts. The contribution firstly describes the sources, content and scope of this duty, by pointing out its current lack of definition and uniformity. Secondly, it analyses its impact both on the concept of Criminal Law and, especially, on transitional processes. It is argued that these extraordinary contexts call for a flexible interpretation of this duty, in order to better comply with the specific need of both massive criminality and transitional processes. Additionally, a flexible interpretation is the one that better fits in the goals of the criminal trial and the punishment within these scenarios. From this perspective, the article suggests some guidelines to grant and ground the compatibility between the duty to prosecute and punish and some transitional mechanisms (such as amnesties, pardons, selection and priority criteria, and so on) that imply a limitation in the application of Criminal Law (at one of its stages or all of them) but that can also become essential tools for transitional processes.

Key words: Transitional justice, duty to prosecute and punish, amnesty, alternative mechanisms, goals of criminal trial and punishment.

Observaciones: 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.

Rec: 31-07-2017 **Fav:** 18-09-2017

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha ido conformándose un deber internacional de persecución y castigo en relación con los crímenes internacionales y/o con las graves violaciones de derechos humanos. Este deber supone un importante cambio genético para el Derecho penal y, sobre todo, hace que la que antes era la solución por así decirlo más cómoda para un Estado en un contexto de transición —es decir, promulgar una amnistía o un indulto—, se haya convertido en una opción extremadamente costosa, en términos de legitimación estatal y responsabilidad internacional.

La primera parte de este artículo se propone analizar la obligación internacional de persecución y castigo, poniendo de manifiesto la falta de uniformidad y de claridad, tanto entre la pluralidad de fuentes normativas en las que se arraiga, como en la doctrina que la interpreta, acerca de su alcance y de su exacto contenido.

A continuación, se analizan los efectos que esta obligación produce para el Derecho penal en términos generales y, sobre todo, en los contextos de transición, en relación con una serie de mecanismos —muy frecuentes en este tipo de escenarios— que conllevan una suspensión total o parcial de la investigación penal, de la pena y/o de su ejecución. Tras describir las opuestas interpretaciones, estricta y flexible, que existen de esta obligación, propongo seguir esta última, no solamente a la luz de los argumentos más convincentes que la sostienen, sino también porque es la que mejor se ajusta, en mi opinión, a la función del Derecho penal como instrumento para el mantenimiento del orden social y la protección de los bienes jurídicos.

A partir de esta postura flexible, sugiero unas líneas-guía mínimas para determinar bajo qué condiciones determinados mecanismos de suspensión o limitación de la intervención penal —como las amnistías, los indultos, las penas reducidas o las sanciones alternativas— pueden considerarse compatibles con esta obligación internacional y aplicarse en contextos de transición.

II. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PERSECUCIÓN Y CASTIGO

La emersión de la obligación de persecución y castigo se enmarca en una evolución más amplia y profunda del Derecho internacional que incluye, en primer lugar, el cambio de concepto de la soberanía estatal, a raíz de la consolidación del nuevo paradigma de los *deberes estatales positivos*¹ y del de la *responsabilidad de proteger*, que implica que, cuando el Estado no cumpla con la obligación de garantizar los derechos de sus ciudadanos, la comunidad internacional puede intervenir sustituyéndolos². En segundo lugar, la transformación se ha concretado en el desarrollo de un concepto de *paz positiva*, que implica no solamente la ausencia de conflicto, sino también el respeto a los derechos humanos fundamentales y al Estado de derecho³. Por último, el surgimiento del Derecho penal internacional ha otorgado una nueva posición al individuo en la esfera internacional, convirtiéndole en titular de responsabilidad penal individual en este ámbito⁴.

Ante este escenario, ha venido afirmándose la existencia de un deber del Estado de perseguir y castigar a los responsables de crímenes internacionales y/o graves violaciones de los derechos humanos⁵, que llevaría

1 Cuyo abanderado destacado ha sido el TEDH: C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *InDret*, n. 3, 2016, p. 5.

2 Véase, para referencias ulteriores también, A. GIL GIL, E. MACULAN, “Responsabilidad de proteger. Derecho Penal Internacional y prevención y resolución de conflictos”, en Vv. Aa., *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*, Madrid: IUGM, 2013, p. 40 y ss.

3 F. HARTO DE VERA, “La construcción del concepto de paz: paz negativa, paz positiva y paz imperfecta”, *Cuadernos de estrategia*, n. 183, 2016, pp. 119-146.

4 GIL GIL, MACULAN, “Responsabilidad de proteger...”, cit., pp. 36-37.

5 En términos generales se puede decir que todo crimen internacional entraña también una grave violación de derechos humanos, pero que la relación inversa no siempre se da: cf. A. GIL GIL, E. MACULAN, “Qué es el Derecho penal internacional”, en LAS MISMAS (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 41-45. Además, la coincidencia entre estas dos categorías no es perfecta: así por ejemplo, los CCH, categoría reconocida en el DPI, no está codificada como tal en el DIDH, donde existen en cambio instrumentos

a rechazar, por ser contrarias al Derecho internacional, todas aquellas medidas que representen un escollo para esa persecución⁶. La obligación internacional que comentamos es por lo tanto la otra cara de la moneda de la *prohibición de amnistías e indultos* para los responsables de esos crímenes y abusos, pero afecta también a otros 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)⁷.

1. Las fuentes de la obligación

La emersión de esta obligación tiene su base normativa en las previsiones contenidas en algunos instrumentos internacionales de Derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos.

Así, los Convenios de Ginebra la imponen, como obligación de persecución o extradición (*aut dedere aut iudicare*), en relación con las “graves violaciones

de los Convenios” (*grave breaches*)⁸, es decir, el núcleo más grave de infracciones del Derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados *internacionales*. Para los conflictos armados internos, en cambio, ni el art. 3 común a los cuatro Convenios, ni el II Protocolo Adicional II (PA II) contienen una disposición parecida, aunque hay autores que consideran que el creciente acercamiento entre las normas que regulan los conflictos armados internacionales y aquellas aplicables a los conflictos armados internos lleva a extender la obligación comentada a las situaciones de conflicto interno⁹.

Entre las normas convencionales generales de protección de los derechos humanos, 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) contienen disposiciones similares¹⁰, así como varios instrumentos de *soft law*¹¹.

La verdad es que en estos instrumentos la obligación de persecución y castigo no aparece de manera tan cla-

que protegen contra algunas de las conductas subyacentes a esa categoría delictiva, como el apartheid, la tortura y la desaparición forzada de personas. Además, cabe recordar que la definición de sus elementos constitutivos plantea diferencias, incluso relevantes, entre los distintos instrumentos internacionales que las prohíben: véase por ejemplo, con especial referencia al delito de tortura, E. MACULAN, “Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation. Combining harmonisation and expansion”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, n. 3, 2015, pp. 456-481.

6 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, en mi opinión para nada convincente: 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 (G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Milano: CEDAM 2011, p. 138).

7 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 con las AUC y de la Ley de Justicia y Paz, como en el Acuerdo de paz firmado con las FARC-EP el pasado 24.11.2016 (<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>, consultado el 21.06.2017) y que se encuentra actualmente en fase de implementación: cf. E. MACULAN, “Il processo di pace colombiano: una nuova pagina nella storia della giustizia di transizione”, *Diritto penale XXI secolo*, n. 2, 2017.

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

9 G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law* (3rd ed.). Oxford: OUP, 2014, p. 80 (también para referencias ulteriores).

10 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 iudicare)” (A/CN.4/630), de 18.06.2010.

11 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 8.2.2005, 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 *Viena 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, 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 “generally inconsistent with the obligation of States to provide accountability for serious crimes under international law...”: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/princeton.html> (consultado el 19.06.2017).

ra 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”.

Asimismo, hay quienes argumentan, a partir de esta base convencional, que el deber en cuestión forma parte de la costumbre internacional, y en particular de *ius cogens*¹², pero lo cierto es que ni la práctica de los Estados, ni la *opinio juris* que se deduce del conjunto de normas relevantes al respecto son unívocos y consolidados¹³.

En realidad, la emersión de esta obligación ha sido sobre todo el fruto de la evolución jurisprudencial de algunos tribunales de derechos humanos¹⁴, a partir de una interpretación evolutiva de sus respectivos instrumentos de referencia, que inserta esta obligación en el más amplio deber de protección de los derechos humanos que recae sobre los Estados¹⁵.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde su primera sentencia en el caso *Vélásquez Rodríguez*¹⁶, ha derivado esta obligación del

deber de respeto y protección de los derechos humanos establecido en el art. 1.1 CADH¹⁷ (y, según decisiones posteriores, también de los derechos de acceso a la justicia: 8.1 y 25.1¹⁸). En la visión de la Corte IDH, este deber tiene una fundamentación preventiva, pues “la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos”¹⁹, a la vez que una función de protección y satisfacción de las víctimas y sus familiares²⁰.

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 parte de actores particulares (obligación positiva)²¹.

Otros órganos de protección de los derechos humanos también han ido sumándose a la afirmación del deber de persecución y castigo de graves violaciones de los derechos humanos²² y lo mismo han hecho, aunque

12 WERLE, JESSBERGER, *Principles...*, cit., pp. 79-80.

13 Para un análisis detallado, véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 159-255. A la misma conclusión llega A. SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious Human Rights Violations*, Oxford: OUP, 2009, pp. 277-280.

14 Para un análisis de esta jurisprudencia, véase SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 51-110.

15 N. ROHT-ARRIAZA, “Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress”, en LA MISMA, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford: OUP, 1995, p. 24 y ss.

16 Corte IDH, *Vélásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo, 29.07.1988.

17 *Ibidem*, párrs. 164-6, 176.

18 Corte IDH, *Durand y Ugarte v. Perú*, sentencia de fondo, 12.08.2000, párr. 130; *Almonacid Arellano v. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006, párrs. 186-190).

19 Corte IDH, *Paniagua Morales y otros v. Guatemala*, sentencia de fondo, 8.03.1998, párr. 173.

20 E. MALARINO, “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en A. GIL GIL, E. MACULAN, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva* (págs. 23-44). Madrid: Dykinson, 2017, 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.

21 F. Viganó, “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*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 320 y ss. Fundamental en esta construcción ha sido la línea jurisprudencial que ha venido determinando las obligaciones *procesales* de investigación, que recaen sobre los Estados ante la violación de derechos protegidos por el Convenio Europeo, y la consiguiente infracción del Convenio por parte del Estado en caso de incumplimiento de las mismas. Véase: J. Chinchón Álvarez, “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.

22 El Comité de Derechos Humanos ha afirmado la incompatibilidad “en general” de las amnistías con el deber de persecución y castigo, en su *General Comment No. 20 on Article 7 of the International Covenant*, refiriéndose a los actos de tortura, y en el *General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, en relación con “those violations recognized as criminal under either domestic or international law, such as torture and similar cruel, inhuman and degrading treatment (article 7), summary and arbitrary killing (article 6) and enforced disappearance (articles 7 and 9 and, frequently, 6)”, que además —aclara— constituyen crímenes contra la humanidad cuando se cometen como parte de un ataque masivo o sistemático contra la población civil (para. 18). El Comité confirma esta idea en varios informes sobre casos concretos también: véase Della Morte, *Le amnistie...*, cit., pp. 181-1854. En términos similares se ha manifestado la Comisión de DDHH (Res. 2002/79, 25 April 2002 Resolution 2003/72 25 April 2003, para. 2; Resolution 2004/72, 21 April 2004; Resolution 2005/81, 21 April 2005. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura (Fifth report, UN Doc. E/CN.4/1998/38, 24 December 1997) y el Comité contra la Tortura también se suma a la tendencia a considerar las leyes de amnistía incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados: véase la jurisprudencia citada en DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 185-6. La Comisión Africana de DDHH no tiene mucha jurisprudencia al respecto, entre otras cosas porque el Convenio

en medida mucho menor, algunos Tribunales penales internacionales e híbridos. Así, aunque los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda no contengan disposiciones expresas ni a favor ni en contra de amnistías y medidas similares, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) ha manifestado su contrariedad a las mismas en unas pocas decisiones, pero sin desarrollar argumentos sólidos y convincentes al respecto²³.

La *Special Court for Sierra Leone* (SCSL) y las *Extraordinary Chamber in the Courts of Cambodia* (ECCC), en cambio, contienen en sus respectivos Estatutos una disposición expresa que afirma que disposiciones de amnistía en su caso previstas para crímenes y sujetos sobre los que esos tribunales tienen jurisdicción no pueden impedir su intervención²⁴. Ambos tribunales, además, se han pronunciado sobre el tema: la SCSL ha afirmado la invalidez de la disposición de amnistía que contenía el Acuerdo de Paz de Lomé, por ser incompatible con la obligación de persecución y castigo, pero limitando esta conclusión al solo caso específico de Sierra Leona y alegando que estaba cristalizando una norma consuetudinaria que prohíbe las amnistías por graves violaciones de derechos humanos²⁵. Las ECCC también consideraron que una disposición de clemencia otorgada a Ieng Sary de manera incondicionada era incompatible con el deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales²⁶.

Además, la obligación aparece en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) — Preámbulo que, merece la pena recordar, no tiene efi-

cia vinculante—, según el cual: “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”. Es más, en este sistema la obligación que comentamos constituye el fundamento que legitima la intervención de la Corte, pues, de acuerdo con el principio de complementariedad, cuando un Estado no cumple con su obligación primaria de perseguir los crímenes internacionales sobre los que tenga competencia, la Corte puede intervenir sustituyéndolo²⁷. 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.

Un análisis aunque sea somero de estos instrumentos y pronunciamientos desvela por lo tanto un panorama muy variado donde falta uniformidad²⁸, por un lado, sobre el alcance de esta obligación, por el otro, sobre sus efectos concretos.

2. El alcance

El primer aspecto de incertidumbre que rodea la obligación internacional de persecución y castigo se refiere a la definición de su perímetro, es decir, de las infracciones que entran en su alcance. Como se ha adelantado, las fuentes internacionales establecen este deber (o su correspondiente negativo, ello es, la prohibición de amnistías e indultos) en relación con algunas infracciones que constituyen crímenes internacionales, como el genocidio y los crímenes de guerra²⁹, o de otras infracciones espe-

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 amnistía 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).

23 El TPIY 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), 10.12.1998, párr. 155), pero sin citar autoridad al respecto y sobre todo confundiendo la norma primaria (de prohibición) con la secundaria (A. DU BOIS-PE-DAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge: CUP, 2007, p. 318). Relevante es también *Prosecutor v. Karadzic* (IT-95-5/18-PT), “Decision on the accused’s second motion for inspection and disclosure: Immunity issue”, 17.12.2008, aunque se refiera a un acuerdo de inmunidad y no a una amnistía propiamente dicha: véase B.E. BROCKMAN-HAWE, “Amnesty at the ICTY: an analysis of the Karadzic Immunity Decision”, *International Criminal Law Quarterly*, 2009, p. 726 y ss.

24 Art. 10 del Estatuto de la SCSL y art. 40 de la *Law on the Establishment of the ECCC*. Lo mismo hace el Estatuto del *Special Tribunal for Lebanon* (art. 16).

25 SCSL, *Prosecutor v. Kallon* [SCSL-04-15-AR72(E)] and *Kamara* [SCSL-04-16-AR72(E)], “Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty”, 13.03.2004, paras. 82, 84. Para un comentario, véase: A. CASSESE, “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.

26 ECCC, *Prosecutor v. Ieng Sary*, case 002, “Decision on Ieng Sary’s Appeal against the Closing Order” (case no. 002/19 09-2007-ECCC/OClJ (PTC75), 11.04.2011, y “Decision on Ieng Sary’s Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon)”, 3.11.2011, Doc. No. E51/15, para. 23 ss. Para un comentario de esta decisión, véase: P. LOBBA, “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.

27 Arts. 1 y 17 ECPI.

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

29 El discurso es parcialmente diferente para los crímenes contra la humanidad, debido a la ausencia de una Convención internacional que los prohíba como categoría en su conjunto, aunque existan varias Convenciones que prohíben actos que, si son cometidos

cialmente graves contra bienes jurídicos especialmente importantes, como la tortura o la esclavitud.

El Conjunto actualizado de principios sobre impunidad, ya mencionado, vincula el deber de persecución y castigo a los “delitos graves conforme al derecho internacional”, incluyendo en esta categoría las “graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud”³⁰.

Los *Principios de Princeton*, que también se han recordado, enumeran como “graves crímenes de Derecho internacional”, para los que se prevé la obligación de persecución penal, la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura³¹, adoptando por lo tanto un concepto más amplio de esa categoría³².

Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, que ha ido perfilando este deber, lo ha aplicado a las graves violaciones de derechos humanos³³, una categoría (propia del Derecho internacional de los derechos humanos, y no del Derecho penal) más amplia que la de crímenes internacionales, y cuya delimitación exacta es bastante incierta. No cabe duda 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 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 delictivos³⁴.

Además, algunas decisiones se refieren directamente a las “violaciones de derechos humanos”, omitiendo el requisito de gravedad³⁵, 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 Convención³⁶.

En conclusión, pese a los numerosos intentos de ampliar cada vez más el alcance de esta obligación, no está nada clara la existencia de una norma consuetudinaria que imponga la persecución y el castigo más allá del núcleo de los crímenes internacionales: genocidio, crímenes de guerra y —con las peculiaridades antes descritas— crímenes contra la humanidad³⁷.

3. El contenido

Un segundo aspecto de la obligación y persecución y castigo que no resulta fácil determinar es su exacto contenido, qué requiere exactamente y, a la inversa, cuáles institutos y medidas de limitación de la intervención penal han de considerarse incompatibles con la misma.

¿Es un deber de investigación (admitiendo que sea quizás de carácter no penal, 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 (por ejemplo, se admitiría el indulto)? ¿Impone algo también en relación con el *quantum* de pena, en el sentido de que esta tiene que ser proporcionada a la gravedad del hecho, o se admite

en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (elemento contextual), pueden constituir crímenes contra la humanidad.

30 Definición B.

31 Principio 2.1 de los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*.

32 Estas diferencias también dependen de las distintas nociones de crimen internacional que se defienden, y de su delimitación respecto de los delitos transnacionales: cf. GIL GIL, MACULAN, “Qué es el Derecho penal internacional”, cit., p. 43 y ss.

33 Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14.3.2001, párrs. 41-44.

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

35 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, 18.9.2003, párrs. 116-117.

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

37 Así concluye SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., p. 274 y ss., tras un exhaustivo análisis de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos al respecto.

su modulación en función de otra clase de razones de oportunidad (situadas, a nivel sistemático, en el ámbito de la punibilidad)? ¿Afecta también a la ejecución de la pena?

En la jurisprudencia que ha venido configurando el deber/prohibición no hay uniformidad ni claridad acerca de este punto. La Corte IDH, por ejemplo, ha afirmado en varias ocasiones que las comisiones de la verdad son mecanismos muy útiles para garantizar el derecho a la verdad, pero no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales por los medios jurisdiccionales correspondientes, lo que viene a decir que la investigación para averiguar lo ocurrido ha de realizarse (también) en la esfera judicial penal³⁸. No obstante, la experiencia de la *Truth and Reconciliation Commission* (TRC) sudafricana, en la que efectivamente una comisión de la verdad sustituyó a los tribunales penales en la tarea de investigación sobre los delitos cometidos durante el apartheid³⁹, es considerada de manera prácticamente unánime como exitosa y no contraria con el Derecho internacional⁴⁰.

En otro orden de pronunciamientos, relativos a la compatibilidad de la Ley de Justicia y Paz colombiana⁴¹ con la Convención Americana de Derechos Hu-

manos (CADH), la Corte IDH ha considerado que las medidas allí previstas (suspensión de la pena impuesta en vía ordinaria y su sustitución por una pena reducida, que consiste en la prisión de 5 a 8 años, más un tiempo de libertad a prueba) no vulneran los deberes internacionales del Estado colombiano⁴². De estas afirmaciones, que se arraigan en la consideración del especial contexto colombiano como conflicto vivo y de la necesidad prioritaria de acabar con el conflicto armado, puede derivarse el argumento de que la ejecución de la pena impuesta no entraría en el objeto del deber internacional que estamos comentando, pudiendo aplicarse medidas que la impidan o limiten.

De la misma manera, en la investigación preliminar abierta desde 2004 sobre Colombia, la Fiscalía de la CPI ha estado observando muy de cerca la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (LJP) —y los demás mecanismos transicionales—, considerando que cumplen con los estándares de capacidad y voluntad del Estado para perseguir los crímenes, en los que se basa el principio de complementariedad⁴³. Pero los partidarios de una postura maximalista referida al deber en cuestión consideran que la pena reducida prevista por la LJP, al ser evidentemente desproporcionada respecto de la gravedad de los injustos, también entra-

38 Corte IDH, *Almonacid Arellano*, cit., párrs. 149-150; *La Cantuta v. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29.11.2006, párrs. 223-224; *masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparación y costas, 24.11.2009, párr. 232; *Chitay neck y otros v. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25.05.2010, párr. 234; *Baldeón García v. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6.04.2006, párrs. 167 y 196; *Heliodoro Portugal c. Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008, párr. 23.

39 Para un análisis detallado sobre esta experiencia: A. LOLLINI, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Oxford-New York: Berghahn Books, 2011; P. EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 269 y ss.; DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty...*, cit.

40 Algunos expertos valoran de manera más crítica la experiencia sudafricana, pero no por el mecanismo de la TRC en sí, sino porque, en la práctica, muchos criminales que no solicitaron prestar declaración ante la TRC no se enfrentaron a consecuencias penales. Esto frustró en cierta medida la idea sobre la que se arraigaba el mecanismo de la TRC (el intercambio entre confesión y amnistía y la activación del sistema penal como amenaza latente) y proyectó alguna sombra sobre su éxito declarado: H. VARNEY, "Retribution and Reconciliation: War Crimes Tribunals and Truth Commissions – can they work together?", en VV. AA., *Our Freedoms: A Decade's Reflection on the Advancement of Human Rights*, Human Rights Institute of the International Bar Association, 2007.

41 Ley 975/2005, de 25.07.2005, "por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios".

42 Corte IDH, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia, 15.09.2005, párr. 304; *Masacre de Ituango v. Colombia*, sentencia, 1.07.2006, párr. 300; *Masacre La Rochela v. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007, párr. 190; *Valle Jaramillo y otros v. Colombia*, sentencia de fondo reparaciones y costas, 27.11.2008, párr. 164; *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.05.2010, párr. 118; *Operación Génesis v. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20.11.2013, párr. 392.

43 Así lo demuestran los Informes intermedios de 2012 y 2014 (<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf>) y (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PreExam-2014.pdf>, consultado el 19.06.2017) y, de manera más expresa, una conferencia dictada por el Vice Fiscal de la CPI (James Stewart) en la Universidad del Rosario (Colombia), en la que confirmó la compatibilidad, en principio, con el ECPI de las penas reducidas y de las sanciones alternativas, siempre y cuando se cumplan unas condiciones mínimas (declaró como no aceptable, en cambio, la suspensión de pena por ser manifiestamente desproporcionada). Afirmó que estos mecanismos (específicamente la LJP) son "an illustration of how the wide margin that States enjoy when deciding on mechanisms designed to establish the truth and that are also consistent with the Rome Statute goal of ending impunity for the most serious crimes": J. STEWART, "Transitional justice in Colombia and the role of the International Criminal Court", 13.05.2015, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-ENG.pdf> (consultado el 20.06.2017).

ñaría una vulneración de la obligación de persecución y castigo⁴⁴.

Determinar el contenido exacto de la obligación evidentemente repercute en la admisibilidad de varios mecanismos que eliminan alguno o todos los momentos en los que se desarrolla la intervención penal.

III. LOS EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN

1. Un cambio genético para el Derecho penal

Lo primero que salta a la vista, desde el prisma de un penalista, 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 este⁴⁵.

Este fenómeno recuerda muy de cerca aquellas “obligaciones constitucionales de protección penal” que aparecieron en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* y de la *Corte Costituzionale* italiana en los años ‘70-‘80 del pasado siglo, que pretendía derivar esas obligaciones de los derechos fundamentales afirmados en los respectivos textos constitucionales⁴⁶. En realidad esa tendencia se refería más bien a una obligación de *penalización*, es decir, de prever la amenaza penal para determinadas conductas, mientras que el deber internacional al que aquí nos referimos es muchos más amplio, pues impone el ejercicio de la acción penal e incluso, según las interpretaciones maximalistas que veremos⁴⁷, la imposición de un castigo y el cumplimiento íntegro de la condena. Aun así, sigue vigente la crítica central que el jurista italiano Pulitanò formulaba a ese

fenómeno: que termina convirtiendo los derechos fundamentales, cristalizados en bienes jurídicos, de legitimación *negativa* del Derecho penal, que define sus límites, en legitimación *positiva*, obligatoria para el legislador y para el juez⁴⁸ y susceptible de una expansión indefinida.

Este importante cambio de paradigma sustituye el concepto del Derecho penal como *ultima ratio* con el de su intervención como *única ratio* y excluye de entrada la posibilidad de acudir, antes que a esta rama del ordenamiento jurídico, a otros mecanismos de protección de los bienes jurídicos, menos costosos y menos gravosos para la libertad y los derechos fundamentales de los ciudadanos (en este caso de los acusados)⁴⁹. En este sentido, la obligación que comentamos se inserta en esa tendencia panpunitivista que se refleja en muchos ámbitos, tanto nacionales como internacionales, especialmente en relación con las graves violaciones de derechos humanos⁵⁰.

Es cierto que las infracciones que abarca esta obligación son sin duda graves, así como de indudable trascendencia son los bienes jurídicos que pretenden proteger, por lo que la intervención del Derecho penal para garantizar su protección no es cuestionable desde el punto de vista de la legitimidad y necesidad. Sin embargo, la emersión de esta obligación, especialmente si se acoge una interpretación estricta de la misma, conllevaría la exclusión de una serie de institutos y medidas que limitan el ejercicio de la acción penal o la imposición o ejecución de las penas en atención a consideraciones de oportunidad, ajenas a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del acusado. Quedarían así prohibidos, entre otros, las amnistías, los indultos, circunstancias atenuantes que tomen en cuenta

44 Véase por ejemplo la Carta de J.M. VIVANCO (Director de *Human Rights Watch* – División de las Américas) del 3.08.2006 al entonces Presidente Álvaro Uribe, que afirmaba: “en relación con su decisión de ofrecer generosos beneficios de desmovilización a los miembros de las FARC que ya han sido condenados y se encuentran en prisión por graves violaciones al derecho internacional humanitario, tales como secuestros y asesinatos. Al ofrecerles una rebaja de penas a las pocas personas que han sido condenadas en Colombia por sus atrocidades, su gobierno está reforzando el mensaje que los abusos casi nunca son sancionados” (<https://www.hrw.org/es/news/2006/08/03/carta-al-presidente-alvaro-uribe-velez>, consultado el 20.6.2017). El mismo fue también muy crítico con las sanciones alternativas propuestas en el Acuerdo de paz firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP el año pasado: en su Informe “Paz y justicia en Colombia”, refiriéndose al Acuerdo de paz firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP en su primera versión (rechazada en el plebiscito del 2 de octubre de 2016 y posteriormente modificado en una nueva ronda de conversaciones), manifestaba su preocupación en relación con el hecho de que los responsables de crímenes “estarían sujetos a modestas y ambiguas ‘restricciones de libertades y derechos’”. El derecho internacional establece que las sanciones por violaciones de derechos humanos deben reflejar la gravedad de los delitos. No conocemos otros tribunales que hayan condenado a máximos responsables de crímenes de guerra con sanciones que no impliquen la privación de la libertad”: <https://www.hrw.org/es/news/2016/10/18/paz-y-justicia-en-colombia> (consultado el 20.06.2017). Su opinión cambió ante la nueva versión del Acuerdo final y la mayor definición que este ofrecía de las sanciones alternativas.

45 A. GIL GIL, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, n. 4, 2016.

46 D. PULITANÒ, “Obblighi costituzionali di tutela penale?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pp. 484-531.

47 Véase *infra*, sección 3.3.

48 PULITANÒ, “Obblighi costituzionali...”, cit., p. 517.

49 Crítica esta corriente, entre otros, G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino: Giappichelli, 2013, pp. 206-207.

50 D. R. PASTOR, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Iura gentium*, vol. II, n. 1, 2006, <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm> (consultado el 21.06.2017).

determinadas conductas del acusado —como la confesión de la infracción, la reparación del daño, la colaboración con la justicia—. Estos institutos, que se ubican, en la sistemática del delito, en la esfera de la punibilidad, están previstos por muchos ordenamientos para garantizar la eficacia, efectividad y eficiencia de la exigencia de responsabilidad penal en cada circunstancia concreta⁵¹. Además de en condiciones de normal funcionamiento del aparato judicial, su aplicación suele ser de gran utilidad para enfrentarse a las circunstancias excepcionales de los escenarios de transición⁵².

Asimismo, la influencia de la obligación de persecución y castigo se manifiesta también en relación con otros institutos del Derecho penal, que en situaciones de normalidad se aplican de manera rutinaria —la prescripción, el *ne bis in idem*, el principio de legalidad en su dimensión de irretroactividad—, pero que se tiende a derogar o limitar cuando el objeto de intervención sean graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales⁵³. La derogación o relativización de estos institutos conlleva el riesgo de cancelar innumerables garantías del acusado sobre las que se asientan los modernos sistemas penales⁵⁴ y que son, además, objeto de protección expresa en los Convenios internacionales de derechos humanos⁵⁵. Merece la pena recordar estas derivas⁵⁶, aunque este trabajo no las analice en profundidad, porque ayudan a comprender el cuadro completo que la obligación de persecución y castigo conduce a pintar, y en el que se insertan también los problemas de compatibilidad con los mecanismos típicamente transicionales que analizaremos a continuación.

2. La aplicación en contextos de transición

Una cuestión clave, que sigue siendo objeto de un gran debate en la jurisprudencia y en la 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 la extraordinariedad de las circunstancias del momento puede sugerir flexibilizar la intervención penal. Esta exigencia se plantea 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 penal⁵⁷.

Las amnistías y medidas similares efectivamente han sido utilizadas en muchas experiencias transicionales como “moneda de cambio”⁵⁸ en las negociaciones entre

51 Como pone de manifiesto el interesante estudio de J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “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*, Madrid: Dykinson, 2017, especialmente a pp. 267-8.

52 Véase el epígrafe siguiente.

53 Véase *infra*, sección 3.3.

54 G. FORNASARI, E. FRONZA, “Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano”, en LOS MISMOS, *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell’America Latina*, Trento: Università degli Studi di Trento, 2011, p. 1-31.

55 Esos mismos Convenios en los que algunos tribunales de derechos humanos (especialmente la Corte Interamericana) arraigan su interpretación maximalista del deber de persecución y castigo que a su vez lleva a limitar esos derechos, como destaca D. R. PASTOR, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: KAS, 2011, pp. 481-506.

56 Pastor la define como la “deriva neopunitivista” de la jurisprudencia de algunos tribunales de derechos humanos: PASTOR, “La deriva neopunitivista...”, cit.

57 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.

58 R. TEITEL, *Transitional Justice*, New York: OUP, 2001, p. 51.

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 fuerte el *cambio* en el ejercicio de la soberanía, consecuente y necesario para la transición política⁵⁹.

De hecho, históricamente, en la mayoría de las transiciones se ha recurrido a mecanismos que de alguna forma suspenden o limitan el ejercicio de la acción penal, a saber, amnistías, indultos, pero también penas reducidas, mecanismos de selección de casos, sanciones alternativas⁶⁰.

Es verdad que algunas disposiciones de amnistía eran aprobadas por los mismos responsables de los crímenes como manera de garantizarse la impunidad antes de dejar el poder: es lo que ocurrió, por ejemplo, en Argentina con la *Ley de Pacificación Nacional* aprobada por la última Junta militar⁶¹, posteriormente derogada bajo el Gobierno democrático del Presidente Alfonsín; o en Chile, con la amnistía concedida por Decreto Ley en 1978⁶². No obstante, en muchas experiencias la amnistía fue dispuesta por un Gobierno democrático y utilizada como verdadera herramienta de pacificación y reconciliación: po-

demos recordar el ejemplo quizás más conocido, a saber, las amnistías que podía conceder la TRC en Sudáfrica⁶³. En tiempos mucho más recientes, la amnistía también ha entrado a formar parte del proyecto transicional diseñado en el Acuerdo de paz firmado en noviembre del año pasado entre el Gobierno colombiano y las FARC⁶⁴.

3. Interpretación estricta vs. interpretación flexible

Sobre la admisibilidad de este tipo de medidas en contextos transicionales se han ido perfilando, tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina especializada, dos posturas enfrentadas. Una primera *interpretación estricta*, mantenida por los llamados *human righters*⁶⁵, y cuyo abanderado más notorio 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 tengan el efecto de suspender o limitar la acción penal⁶⁶.

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*⁶⁷. Pero en época más reciente ha extendido la

59 Ibidem, p. 59. De manera similar, LOLLINI, al analizar la experiencia transicional africana, hace hincapié en la *función constituyente* de la amnistía concedida por la TRC: LOLLINI, *Constitutionalism...*, cit.

60 Para una visión panorámica sobre estas experiencias y los mecanismos que en las mismas se han adoptado: L. STAN, N. NEDELSKY, *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, Cambridge: CUP, 2012.

61 Ley 22924 de 22.09.1983.

62 Decreto Ley 2191 de 19.04.1978.

63 Uno de los tres órganos en los que se articulaba la TRC, el *Amnesty Committe*, tenía el poder de conceder la amnistía a los sujetos que hubieran cometido delitos por motivos políticos y que hubieran declarado de manera pública lo que sabían sobre los hechos y su responsabilidad por los mismos. Para un análisis detallado de este mecanismo, véanse: LOLLINI, *Constitutionalism...*, cit.; EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., p. 269 y ss.; DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty...*, cit., p. 97 y ss.

64 La amnistía se prevé para los delitos políticos y conexos, y quedan totalmente excluidos de su alcance los crímenes internacionales y otros delitos comunes especialmente graves: A. APONTE CARDONA, “El Acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas”, en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 311-343; MACULAN, “El proceso de pace colombiano...”, cit.

65 Así los definen A. GIL GIL, “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*, Madrid: IUGM, 2017, p. 28; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Sevilla: Parthenos, 2007, p. 280 y ss.

66 E. MALARINO, “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*, Montevideo: KAS, 2010, pp. 25-61. La Com IDH 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.

67 Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14.03.2001, 41-43. La sentencia declaró la incompatibilidad con la CADH de la Ley N° 26479 de 14.06.1995 (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 N° 26492 de 28.06.1995 (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.

prohibición a toda ley de amnistía que pretenda cubrir crímenes de lesa humanidad, con independencia de la legitimidad del órgano que la apruebe⁶⁸ e incluso, como en el caso uruguayo, a amnistías aprobadas por Parlamentos democráticos y confirmadas en dos referendos populares⁶⁹. Además, según esta interpretación, cuando se trate de graves violaciones de los derechos humanos es posible suspender también otros institutos de Derecho penal que ponen límites (en su visión, “obstáculos”) a la persecución penal, como la prescripción⁷⁰, el principio *ne bis in ídem*⁷¹ o el principio de legalidad en su componente de irretroactividad de normas penales desfavorables⁷².

Esta postura parte de la premisa de que el castigo penal es necesario, siempre y en todo caso⁷³, porque sería la única manera de garantizar plenamente ese *derecho a la justicia* de las víctimas de graves violaciones de DDHH⁷⁴. La persecución penal y el castigo serían, al mismo tiempo, un elemento imprescindible para alcanzar una verdadera pacificación social después de una época de violencia colectiva⁷⁵. Lo expresa con meridiana claridad el lema con el que suelen anunciarse

los partidarios de esta interpretación: “no hay paz sin justicia”.

Desde el punto de vista formal, esta lectura se arraiga en el texto de los Convenios internacionales que establecen la obligación *aut dedere aut iudicare*, en el deber de protección de los derechos humanos previsto en las Convenciones de derechos humanos, que sus respectivos órganos han hecho objeto de una interpretación evolutiva y en el rechazo de las amnistías formulado por algunos tribunales penales internacionales y mixtos⁷⁶.

La postura contraria, que podemos llamar *interpretación flexible*, es mantenida por los llamados *peace-makers*⁷⁷ y, aun reconociendo la existencia de un deber general de persecución 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 todas y cada uno los abusos cometidos⁷⁸.

68 Corte IDH, *Almonacid Arellano v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26.09.2006, paras. 105-114.

69 Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24.02.2011. La “ley de caducidad de la pretensión punitiva” (Ley 15.848) fue aprobada por el Parlamento uruguayo el 22.12.1986, en los comienzos de la transición democrática, y su validez fue confirmada en dos referendos populares, el primero en 1989 y el segundo en 2009. Pese a los resultados del referéndum, la Corte Interamericana concluyó que esa ley vulneraba los derechos protegidos en la CADH y condenó al Estado de Uruguay a su derogación.

70 G. FORNASARI, “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 P. PARENTI, “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*, tomo I, Montevideo: KAS, 2010, pp. 211-228.

71 Con referencia a la jurisprudencia interamericana, véase M. ZILLI, F. GIRÃO MONTECONRADO, M.T. ROCHA DE ASSIS MOURA, “*Ne bis in ídem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: KAS, 2011, p. 393 y ss.

72 A. GIL GIL, “La excepción al principio de legalidad del número 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 63, n. 1, 2010, pp. 131-164 y, para un estudio comparado entre jurisprudencia europea e interamericana, LA MISMA, “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, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: KAS, 2011, p. 322 y ss.

73 En la doctrina, véanse entre otros: CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional...*, cit., p. 437 ss.; M. C. BASSIUNI, “The Need for International Accountability”, en EL MISMO, *International Criminal Law*, vol. III, New York, 1999, p. 6 y ss.; N. ROHT-ARRIAZA, L. GIBSON, “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n. 4, 1998, pp. 843-45; C. EDELENBOS, “Human rights violations: a Duty to Prosecute?”, *Leiden Journal of International Law*, 1994, p. 5 y ss.

74 J. BONET PÉREZ, R.A. ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos humanos y Justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 19 y ss.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional...*, cit., p. 235 y ss.

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

76 Véase *supra*, sección 2.1.

77 Según la terminología que relatan GIL GIL, “El tratamiento jurídico...”, cit., p. 28 y CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional...*, cit., p. 280 y ss.

78 G. FORNASARI, “Giustizia di transizione (diritto penale)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. Annali VIII, Milano, 2014, p. 566 y ss.; K. MCEVOY, L. MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, *Journal of Law and Society*, vol. 39, n. 3, 2012, pp. 410-440; DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 266 y ss.; EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., p. 344 y ss.; K. AMBOS, “El marco jurídico de la Justicia de transición”, en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Justicia de transición*,

A favor de esta interpretación se alegan, por un lado, el art. 6.5 PA II, que prevé expresamente la amnistía como instrumento de pacificación al terminar un conflicto armado no internacional⁷⁹ —lo que reconocería a este mecanismo un espacio en el Derecho internacional humanitario⁸⁰— y, por otro lado, la ausencia de una prohibición expresa de las amnistías e indultos en el Estatuto de Roma de la CPI, una ausencia que ha sido calificada de “elocuente”⁸¹. Es más: el ECPI también parece dejar abierto un margen para tomar 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 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 pasar a la etapa de juicio⁸². 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. 16 ECPI reconoce al Consejo de Seguridad⁸³. Una tercera interpretación propone ubicar esa valoración en el pro-

prio 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 eficaz⁸⁴.

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 vencedores⁸⁵. Leyendo entre líneas, esta decisión sugiere que la CPI no rechaza de manera absoluta y tajante las amnistías.

Además, si se mira a la práctica de los Estados y a sus legislaciones nacionales, la previsión de los institutos de la amnistía y del indulto en la gran mayoría de los ordenamientos, bien a nivel legislativo, bien a nivel constitucional, y en muchos casos sin establecer una excepción expresa para los crímenes internacionales⁸⁶, parecen sugerir que no existe todavía un consenso suficiente entre los Estados acerca de

Montevideo: KAS, pp. 23-129; L. MALLINDER, “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; LA MISMA, “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 (D. ORENTLICHER, “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).

79 “At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained”.

80 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 V. NAQVI, “Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition”, *International Review of the Red Cross*, n. 851, 2003, pp. 604-605. Crítica esta interpretación DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 125-131.

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

82 EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., p. 385 y ss.; D. ROBINSON, “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.

83 ROBINSON, “Serving the Interests...”, cit., pp. 502-503; D. ACOSTA ARCARAZO, R. BUCHAN, R. URUEÑA, “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. 314-5.

84 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; este, tras haber investigado, tendría que haber decidido no ejercer la acción penal en razón de consideraciones que no dependan de la falta de capacidad o de voluntad del Estado para llevar a cabo una persecución penal efectiva. Véanse ROBINSON, “Serving the Interests...”, cit., pp. 498-502; MALLINDER, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., p. 212.

85 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 M. KERSTEN, *Justice in Conflict*, Oxford: OUP, 2016, pp. 158-161.

86 MALLINDER, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., p. 214. Aunque algunos Estados hayan introducido una regla expresa de inamnistabilidad de los crímenes internacionales: cf., por ejemplo, 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”.

la prohibición de estos mecanismos⁸⁷. No solo eso: varios 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 la utilidad de la Ley 46/2007 de Amnistía como medida de reconciliación social en el marco de la transición española⁸⁸.

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 armado⁸⁹, demuestra que la propia postura de la comunidad internacional acerca de este instituto no es uniforme ni estricta⁹⁰.

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, de acuerdo con la teoría de las obligaciones positivas y de las obligaciones procedurales⁹¹, el TEDH hasta tiempos muy recientes no había afirmado una prohibición general de las amnistías y medidas similares⁹².

Esta diferencia de aproximación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana ha sido explicada, de manera convincente, 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 y el castigo de los responsables como una verdadera medida de reparación, a la que las víctimas tienen derecho⁹³. Este concepto ha ido de la mano tanto de una paulatina ampliación del concepto de reparación, que ha superado con creces la simple idea de indemnización puramente económica, como del creciente protagonismo otorgado a las víctimas ante los órganos interamericanos —y en general en el

87 A la misma conclusión llega J. Close, a raíz de un detallado análisis comparativo de la regulación de las amnistías e indultos en los ordenamientos nacionales: J. CLOSE, "Amnesty Provisions in the Constitutions of the World: A Comparative Analysis", en

https://www.academia.edu/10231932/Amnesty_Provisions_in_the_Constitutions_of_the_World_A_Comparative_Analysis (consultado el 21.06.2017). Véase también el fundamental estudio de L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transition – Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford/Portland: Hart publishing, 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.

88 Tribunal Supremo, 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 sugieren la aprobación de una disposición de amnistía como medida de reconciliación social y siempre que se respeten algunas condiciones mínimas: por ejemplo, que no 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 46/2007 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: E. MACULAN, "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*, n. 8, 2012, pp. 497-518. A conclusiones similares han llegado también otros Tribunales constitucionales: se pueden mencionar la decisión 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), 29.04.2010) 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 25.07.1996).

89 Pueden mencionarse los casos de El Salvador, Guatemala, Sierra Leona: véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 169-178, aunque el propio autor reconoce que estas experiencias se han dado en el marco de una evolución general en la política del Consejo de Seguridad, desde un concepto de impunidad como instrumento para alcanzar la paz a un concepto de impunidad como amenaza para la paz (ibídem, 174).

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

91 Véase *supra*, sección 2.1.

92 En *Dujardin v. France* (16734/90), European Commission, 02.09.1991, la Comisión EDH (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* (13113/03), 17.03.2009, 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., p. 322 y ss.

93 Para un análisis crítico sobre este entendimiento del castigo penal como derecho de las víctimas, véase GIL GIL, "Sobre la satisfacción de la víctima...".

Derecho internacional—y en la justicia penal y política criminal⁹⁴.

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 conjunto⁹⁵. 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 económica⁹⁶: 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 humanos⁹⁷.

No obstante, las evoluciones más recientes de la jurisprudencia del TEDH muestran claros signos de la influencia de su homólogo interamericano⁹⁸ y una menor apertura a medidas de amnistía y similares. 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*⁹⁹. No obstante, 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”¹⁰⁰. Una vez más, 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 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*¹⁰¹.

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”¹⁰².

94 Ampliamente sobre este fenómeno, tanto en ámbito internacional como nacional español, véanse las contribuciones contenidas en: A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid: Dykinson, 2017.

95 SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., p. 190; VIGANÓ, “Sobre las obligaciones...”.

96 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*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2002, p. 319.

97 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 universal: DU BOIS-PEDAÏN, *Transitional Amnesty...*, cit., p. 316.

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

99 TEDH, *Marguš v. Croacia* (4455/10), Judgment, 13.11.2012, para. 139: “A growing tendency in international law is to see such amnesties as unacceptable because they are incompatible with the unanimously recognised obligation of States to prosecute and punish grave breaches of fundamental human rights”.

100 *Ibidem*, párr. 139 (traducción libre).

101 Me parece interesante copiar aquí los puntos más relevantes de esta opinión: “There is no doubt that international law is evolving rapidly and imposes ever tighter regulations on States’ freedom with regard to amnesties. States have considerably less freedom of manoeuvre nowadays (in 2014) than in 2006 and, a fortiori, 1996. At the same time, stating that international law in 2014 completely prohibits amnesties in cases of grave breaches of human rights does not reflect the current state of international law. A study of the international instruments, decisions and documents referred to by the majority demonstrates that the view expressed by the Head of the ICRC Legal Division in the letter cited above has retained its relevance in 2014.

9. We share fully the majority’s concern to ensure the highest possible standard of human rights protection, and agree that violations of human rights must not go unpunished. We are equally aware of the potentially perverse effects of amnesty laws that are passed in order to guarantee impunity to the perpetrators of such violations. *Nevertheless, we also note that world history teaches us the need to observe the utmost caution and humility in this sphere. Different countries have devised widely varying approaches enabling them to put grave human rights violations behind them and restore democracy and the rule of law.*

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” (párrs. 8 y 9 del voto concurrente, resaltado añadido).

102 E. MALARINO, “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

4. Toma de postura

La incertidumbre e indefinición que rodean la fundamentación normativa de la postura estricta o maximalista, por un lado, y los argumentos válidos que esgrime la postura flexible, por el otro, me llevan a abogar por esta última a la hora de interpretar la obligación de persecución y castigo. Pero antes que eso, la adopción de esta postura es necesaria, en mi opinión, a partir de una reflexión sobre los fines del Derecho y del proceso penal en los contextos de transición.

Sin poder detenerme aquí en este aspecto¹⁰³, me parece importante destacar que en determinadas circunstancias concretas, hay 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 control social y la protección de los bienes jurídicos (que es su fin último). Así, un ejercicio irrestricto de la acción penal contra todos los sujetos que de alguna manera participaron en la comisión de crímenes masivos —además de chocar con las limitaciones concretas de recursos y tiempo de cualquier institución judicial— puede desencadenar un nuevo golpe de Estado o una nueva ola de violencia o dificultar la dejación de armas por parte de grupos ilegales que hayan accedido a ello como parte de un acuerdo. En el mejor de los casos, esta intervención maximalista puede desalentar la contribución de los criminales en otras actividades, fundamentales en todo proceso de transición, como son la averiguación de lo ocurrido (bajo el prisma del derecho a la verdad) y la reparación en beneficio de las víctimas, que podrían de lo contrario verse beneficiadas por la aplicación de mecanismos premiales en la esfera penal/penitenciaria a cambio de esa contribución.

Se trata por lo tanto de determinar los fines y las prioridades que un Estado o una sociedad se plantean en un momento extraordinario como es un proceso transicional, y el impacto —de utilidad o de obstáculo— que tienen la persecución penal y el castigo en la consecución de esos fines. Y es que “el ideal de castigo, com-

partible 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”¹⁰⁴.

El Estado que desarrolla un proceso transicional debería por lo tanto, a partir de una interpretación flexible de la obligación internacional de persecución y castigo, realizar un *juicio de ponderación* entre todos los intereses en juego, y especialmente entre los “legítimos instintos y deseos de reciprocidad de las víctimas”, que apuntarían al ejercicio de la acción penal, y los intereses de la sociedad —pero también de las mismas víctimas— a “la rapidez de la sanción (que redundaría en la consecución del objetivo justicia) y (...) a la consecución de verdad, reparación y no repetición”¹⁰⁵, así como “el interés en no tener nuevas víctimas”¹⁰⁶ —cosa que podría ocurrir con un recrudecimiento de la violencia como respuesta a la intervención penal.

La misma idea de necesaria *ponderación* entre 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-579/2003¹⁰⁷. Con esta decisión la Corte ha confirmado la legitimidad constitucional de los criterios de selección y priorización de casos¹⁰⁸, alegando 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 intereses. Tras haber realizado este test, y valiéndose de una comparación con experiencias de transición desarrolladas en otros países, la Corte concluye que el objetivo de alcanzar una paz sostenible, junto con el carácter excepcional de la presente situación histórica colombiana, requiere la aplicación de mecanismos transicionales igualmente excepcionales, tales como los criterios de selección y priorización de casos. El límite a la aplicación de estos criterios es, según la sentencia, que se garantice la persecución penal de los crímenes internacionales co-

dilema “paz vs. Justicia” en una secuencia temporal: “primero paz, luego justicia”: véase por ejemplo J. SNYDER, L. VINJAMURI, “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 vez la paz se consolide: comparte la misma crítica KERSTEN, *Justice in Conflict*, cit., p. 27 y ss.

103 Para ello remito a E. MACULAN, “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*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 207-240.

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

105 GIL GIL, “El tratamiento jurídico...”, cit., p. 36.

106 DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 270.

107 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-579/2013, de 28.08.2013.

108 Estos criterios han sido introducidos con la reforma constitucional aprobada en 2012 (Acto legislativo 1/2012, de 14 de junio), conocida como *Marco Jurídico para la Paz*.

metidos de manera sistemática¹⁰⁹. Además, la decisión de imputar los delitos solo a sus máximos responsables cumple, según la Corte, con las obligaciones del Estado toda vez que concentra los esfuerzos del aparato penal en quienes cumplieron un rol esencial en la comisión de los hechos, contribuyendo a la vez a “desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”.

En la jurisprudencia interamericana también encuentra espacio esta postura posibilista, que admite medidas de amnistía ante situaciones muy puntuales en las que haya un conflicto armado vivo y la prioridad absoluta del Estado sea ponerle fin. La sentencia más interesante en este sentido es la del caso *Masacre de El Mozote v. El Salvador*, de 2012, en la que, en parcial contratendencia respecto de la jurisprudencia consolidada de esa misma Corte, se establece que, para valorar la compatibilidad de una amnistía en contextos de conflicto armado vivo, hay que tomar en cuenta también el art. 6 PA II a los Convenios de Ginebra, que la admite como instrumento para la paz¹¹⁰. Los argumentos más interesantes a favor de la ponderación de intereses lo desarrolla sin duda el brillante voto concurrente del juez García Sayán en esta misma sentencia: “...en ciertas 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”¹¹¹.

IV. APLICACIÓN A LOS MECANISMOS TRANSICIONALES: ALGUNAS LÍNEAS GUÍA

A raíz de todas estas consideraciones, y de acuerdo con la interpretación *flexible* de la obligación de persecución y castigo, a la que como he declarado me adhiero, hay que analizar la naturaleza y las características de cada mecanismo transicional en su situación concreta para determinar su compatibilidad con los deberes internacionales.

Esta valoración debería basarse en un *test de ponderación* que valore su necesidad, aptitud para alcanzar los fines propuestos y proporcionalidad. Según la propuesta formulada por Ambos, este test se articula en tres preguntas: primero, si la medida es adecuada para alcanzar un determinado objetivo, como es una transición pacífica, lo que conlleva analizar la legitimidad del fin propuesto; segundo, si la medida es necesaria para alcanzar ese objetivo; tercero, si la medida está proporcionada — en sentido estricto— a la calidad o cantidad de los actos que cubre y a los objetivos perseguidos¹¹².

A partir de esta propuesta, y pensando en los mecanismos de suspensión o limitación de la intervención penal que históricamente han sido aplicados en los procesos transicionales que se han llevado a cabo en distintas partes del mundo —y sin olvidar las irreductibles especificidades que cada uno de ellos presenta— me parece que se pueden trazar unas líneas guía para determinar la compatibilidad de los mecanismos concretos con las obligaciones internacionales del Estado.

En primer lugar, las *autoamnistías* son en todo caso inadmisibles, mientras que las *amnistías democráticas* pueden tener cabida en un escenario de transición¹¹³.

109 Para un comentario detallado sobre esta fundamental sentencia, véanse las contribuciones en K. AMBOS, J. ZULUAGA (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 pasado año. 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 30.12.2016, de Amnistía).

110 Corte IDH, *El Mozote y lugares aldeños v. El Salvador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25.10.2012, paras. 284 y ss.

111 Párr. 38 del voto concurrente del juez García Sayán (resaltado añadido).

112 AMBOS, *Treatise*, cit., p. 420; AMBOS, “El marco jurídico...”, cit., p. 57 y ss.

113 Así, entre otros, GIL GIL, “El tratamiento jurídico...”, cit., p. 40; FORNASARI, *Giustizia di transizione (diritto penale)*, cit., pp. 566-567; EL MISMO, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., pp. 171-181; MALARINO, “Transición, derecho penal y amnistía...”, cit., pp. 219-220; AMBOS, *Treatise*, cit., p. 420; J. TAMARIT SUMALLA, “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso

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 Estado¹¹⁴, una medida de reconciliación social, de consolidación de las nuevas instituciones o para permitir la inclusión de determinados actores armados en el nuevo orden social¹¹⁵.

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 mayor facilidad por la sociedad¹¹⁶, 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 humanos¹¹⁷.

En tercer lugar, las *amnistías absolutas e incondicionadas*, o *blanket amnesties*, que cubren todos los delitos cometidos en la época de violencia masiva¹¹⁸ 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 parte de los beneficiarios. Se insertan aquí aquellos mecanismos que vinculan

la concesión de amnistía a la actividad de investigación de otros órganos de carácter extra-penal o incluso extra-judicial, 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 contestados: ello garantizaba, al menos en principio, el derecho a la verdad.

De la misma manera, varias experiencias transicionales han creado mecanismos que, sin llegar a excluir del todo la acción penal, premian la participación de los criminales en actividades dirigidas a la averiguación de lo ocurrido, a la reparación en beneficio de las víctimas y, en su caso, al desarme y a la desmovilización, con una reducción de pena o sanciones alternativas más beneficiosas para los condenados. Un ejemplo de esta opción es la pena alternativa prevista por la LJP colombiana, que, como ya se ha recordado, permite imponer la prisión de entre 5 y 8 años a cambio de la desmovilización, de la confesión de los crímenes en la llamada “versión libre” y de la reparación a las víctimas. Asimismo, las sanciones propias (restricción de libertades fundamentales, sin llegar a su privación, combinada con la realización de actividades de contenido restaurativo) y las sanciones alternativas (prisión de 5 a 8 años) previstas en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, creada en virtud del Acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, responden al mismo mecanismo¹¹⁹. En ámbito asiático, la *Community Reconciliation Procedure* en Timor Este preveía la imposición de una pena muy leve de contenido restaurativo, consistente en trabajos en beneficio de la comunidad, a los criminales que declararan públi-

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., p. 52 y ss.

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

115 En este sentido se pueden interpretar la amnistía por delitos políticos concedida por el *Amnesty Committee* 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 30.12.2016, de Amnistía.

116 Teitel, *Transitional Justice*, cit., p. 59.

117 Así, la Ley colombiana 1820/2016, de 30.12.2016, 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” (art. 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.

118 En ocasiones las propias leyes excluyen de su alcance determinados delitos, considerados menores, lo que no impide clasificarlas como amnistías incondicionadas. Volvemos a mencionar el ejemplo de las Leyes argentinas de Obediencia debida y Punto final, que excluían expresamente de su alcance los delitos de sustracción de menores y sustitución de su identidad. Precisamente la formulación de cargos referidos a estas conductas fue lo que permitió, durante los años de vigencia de esas leyes y antes de su declaración de inconstitucionalidad en la sentencia *Simón* en 2005, sentar en el banquillo a algunos de los máximos responsables de los abusos cometidos bajo la dictadura de las Juntas militares (E. MACULAN, “Los juicios por la verdad en Argentina: ¿Un mecanismo novedoso para la justicia de transición o un paliativo con carácter provisional?”, en E. MACULAN, D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su ejercicio por medio del proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, pp. 147-245.

119 Véase E. MACULAN, “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada”, en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid: IUGM, 2017, pp. 67 y ss., 73 y ss.

camente su responsabilidad ante un consejo de autoridades locales¹²⁰.

Tanto las amnistías condicionadas, como estos beneficios penales, implican a su vez dos líneas-guía muy importantes en la configuración de mecanismos de justicia de transición: primero, que la decisión de suspender o limitar el ejercicio de la acción penal o la pena tiene que ir acompañado de mecanismos de investigación alternativos. Estos mecanismos garantizan la satisfacción de los derechos a la verdad, a la reparación y a la no repetición, que constituyen, junto con el derecho a la justicia, los pilares de la justicia de transición. Segundo, que resulta muy conveniente y garantiza cierto éxito la aplicación de una lógica de intercambio entre, por un lado, la concesión de estas medidas beneficiosas para los criminales y, por el otro, su cooperación con actividades dirigidas precisamente a la búsqueda de la verdad, al reconocimiento de responsabilidades y a la reparación. La posibilidad de acceder a estos beneficios constituye un incentivo importante y favorece la implicación de los criminales en el proceso transicional, garantizando un mayor cumplimiento de los derechos a la verdad y a la reparación.

Por último, la aceptabilidad de los mecanismos transicionales varía en función de la fase de la intervención penal en la que actúan: es decir, que los mecanismos que inciden en las etapas más avanzadas de la intervención penal —imposición de la pena o ejecución de la misma— plantean menos problemas que aquellos que la limitan desde el principio. Así, los indultos, que no impiden la investigación, el enjuiciamiento ni la determinación de responsabilidad, sino que solamente anulan la condena (en todo o en parte), pueden ser aceptados con más facilidad¹²¹. En la misma línea, medidas que modifican la pena sin anularla, como la suspensión de su ejecución o su sustitución por una sanción alternativa más benigna, plantean menos problemas todavía en relación con la obligación de persecución penal.

En ambos casos, las dudas pueden plantearse en relación con la obligación de castigo, en la medida en que se entienda que esta implica imponer un castigo proporcionado únicamente a la gravedad de los hechos y al grado de culpabilidad del sujeto activo. Pero este

entendimiento restrictivo obvia todos los factores ajenos a lo injusto culpable que pueden incidir en la pena, rebajándola o excluyéndola, en sede de punibilidad¹²². Si el ordenamiento jurídico toma en cuenta estos factores en situaciones de normalidad, con mayor razón debería considerarlos en contextos extraordinarios como son los de transición. 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 tanto en la medición de la pena, legitimando su atenuación o anulación, como en su ejecución, suspendiéndola, limitándola o sustituyéndola por otra clase de medidas.

Por lo que se refiere a las políticas de selección y priorización de casos, como las que ha adoptado Colombia a raíz del Marco Jurídico para la Paz, hay que reconocer que intervienen no solamente sobre el castigo, sino que afectan a la investigación y persecución penal desde el principio. Mientras que la priorización solamente determina un orden en la celebración de los juicios, el concepto de *selección* implica que los casos no seleccionados quedarán fuera de la esfera de intervención penal, generando un espacio controlado de impunidad¹²³. Es evidente que la aceptación de este mecanismo —cuya *ratio* es hacer frente a la imposibilidad práctica de perseguir penalmente a todos los responsables y garantizar que la acción penal se ejerza no de manera casual, sino de acuerdo con criterios racionales— implica necesariamente una interpretación flexible de la obligación de persecución y castigo, que se cumple aquí de manera limitada. Al mismo tiempo, para que el objetivo de averiguación de la verdad se cumpla pese a esta limitación, es necesario crear o utilizar otros recursos u órganos, de carácter extra-penal, que investiguen lo ocurrido de manera independiente¹²⁴.

En este sentido, las comisiones de la verdad, siempre y cuando cumplan con una serie de condiciones, pueden considerarse un válido instrumento alternativo a la Vecución penal¹²⁵. Parafraseando al Relator Especial Luis Joinet: “Antes de pasar página, hay que leer la

120 Aunque este procedimiento especial estaba en realidad limitado a las infracciones menos graves, quedando excluidos del mismo los crímenes internacionales, que eran objeto de un juicio penal y de un castigo “tradicional”: *ibidem*, p. 74.

121 Así lo admite por ejemplo Chinchón Álvarez, uno de los defensores más convencidos de la interpretación estricta del deber en cuestión: CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional...*, cit., p. 459 y ss.

122 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Algunas reflexiones...”, cit., p. 256 y ss.

123 Se trata de un espacio controlado debido a que la selección, al igual que la priorización, se basan en unos criterios establecidos con carácter general y previo al comienzo de los juicios. Estos criterios han sido desarrollados, en la experiencia colombiana, por la Directiva n. 001/2012 de la Fiscalía General de la Nación, de 4.10.2012.

124 También considera favorablemente la opción de combinar una persecución penal selectiva, que se concentre en los máximos responsables, con medidas de amnistía y mecanismos de responsabilidad extra-penal para los demás criminales, Mallinder, “Cam Amnesties and International Justice...”, cit., pp. 221-223.

125 J. DUGARD, “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty still an Option?”, *Leiden Journal of International Law*, 1999, p. 1012; Mallinder, “Can Amnesties and International Justice...”, cit., pp. 224-5.

página anterior¹²⁶, pero esta lectura, sin duda necesaria para un proceso transicional exitoso, no tiene que realizarse siempre obligatoriamente en un tribunal penal, sino que puede valerse de otros foros.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, la obligación de persecución y castigo, más allá de la incertidumbre sobre su alcance y contenido, tiene que ser interpretada, en mi opinión, de modo flexible, de tal manera que no proscriba en términos absolutos mecanismos extraordinarios que alteran la intervención penal en una o más de las fases en las que se desarrolla (el juicio, la imposición de una pena o su ejecución). Estos mecanismos, que deben en todo caso responder a determinadas condiciones, pueden resultar necesarios para alcanzar una serie de objetivos propios de los procesos transicionales, como la reconciliación social, la consolidación de las nuevas instituciones o de la paz, la

cooperación de los responsables de los crímenes en actividades especiales de búsqueda de la verdad y de reparación.

En contra de la visión maximalista que pretende convertir el Derecho penal en un deber absoluto del Estado y en la *única ratio* disponible, no hay que olvidar que aquel 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 comunidad¹²⁷. Cuando existen otros mecanismos 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.

126 L. JOINET, "The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees. Question of the impunity of perpetrators of human rights violations", Commission on Human Rights (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), 2.10.1997 (traducción libre).

127 K. AMBOS, C. STEINER, "Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional", *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 12, 2003, p. 193.