

# Amnistías, indultos, penas atenuadas y la Corte Penal Internacional. Posibles enseñanzas a inferir del proceso transicional colombiano \*

David Gallego Arribas

*Universidad Autónoma de Madrid*

---

GALLEGO ARRIBAS, DAVID. Amnistías, indultos, penas atenuadas y la Corte Penal Internacional. Posibles enseñanzas a inferir del proceso transicional colombiano. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-21, pp. 1-44.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-21.pdf>

RESUMEN: El Estatuto de Roma cumple 25 años este 2023. Sin embargo, aún no resulta claro si medidas como las amnistías o los indultos tienen o no cabida, y hasta qué punto, bajo aquel. Esto cobra una especial relevancia en el ámbito de la denominada justicia transicional, donde, en ocasiones, los Estados renuncian en todo o en parte a la imposición y/o ejecución de la pena respecto de delitos especialmente graves. El objetivo del artículo es analizar la potencial admisibilidad de las medidas adoptadas en dichos procesos, en el marco de la actuación de la Corte Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: justicia transicional, amnistías, indultos, penas atenuadas, corte penal internacional, fines de la pena.

TITLE: **Amnesties, pardons, mitigate sentences and the International Criminal Court. Lessons from the Colombian Peace Process**

ABSTRACT: The Rome Statute of the International Criminal Court was adopted 25 years ago. However, it's still not clear if measures like amnesties or pardons are allowed or not under the Statute. This is a core question in relation to the so-called transitional justice scenarios, in which the States (sometimes) waive the enforcement and/or execution of the penalty for the most serious crimes. The objective of this article is to examine the admissibility (or the lack thereof) of the rewarding measures in the framework of the ICC as the body responsible for ensuring that the most serious crimes against the international community do not go unpunished.

KEYWORDS: transitional justice, amnesties, pardons, mitigate sentences, international criminal court, theory of punishment.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 6 octubre 2023

Contacto: david.gallegoa@uam.es

---

*SUMARIO: I. Introducción. II. Una cuestión previa: justicia de transición y medidas premiales. 1. El dilema jurídico-penal en la justicia de transición. 2. La distinción entre amnistías, indultos y otras medidas de renuncia a la pena. III. Medidas premiales y el Estatuto de Roma. Consideraciones en abstracto. 1. Marco general. 2. El argumento de la incompatibilidad con el preámbulo del Estatuto. 3. El artículo 16 del Estatuto: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 4. El artículo 17 del Estatuto: el principio de complementariedad. A. La existencia de una investigación. B. La existencia de una “decisión de no incoar acción penal”. C. La falta de voluntad o de capacidad de llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento. D. Las posibles derivaciones del denominado “umbral de gravedad”. 5. El artículo 53 del Estatuto: el interés de la justicia. IV. Medidas premiales y el Estatuto de Roma: la práctica de la Corte. 1. El proceso contra Saif al Islam Gadafi. 2. La Corte y el proceso de paz entre Colombia y las FARC-EP. A. El modelo adoptado en Colombia: renuncias a la pena, sanciones propias, alternativas y ordinarias. B. La postura de la Fiscalía de la CPI. V. Consideraciones críticas. VI. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)” (ref. S13/PJI/2021-00222), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (V-PRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid.

## I. Introducción

El 17 de julio de 1998 fue adoptado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ER)<sup>1</sup>. Esto significa que, en este 2023, la norma que con carácter principal rige el funcionamiento del, hasta ahora, único tribunal penal internacional nacido con vocación de permanencia cumple un cuarto de siglo. Desde la perspectiva del ser humano, los 25 años son una edad complicada. El individuo ha abandonado —o, si se prefiere, está en proceso de abandonar— la adolescencia y transita inexorablemente hacia una edad adulta que lleva asociadas una serie de expectativas sociales. De este modo, es frecuente esperar que la persona en cuestión haya adquirido un nivel básico de formación que le permita —más allá de desarrollar una profesión u oficio— ser capaz de construir sus propias opiniones y valoraciones sobre asuntos de naturaleza política, económica, etc.

Salvando las evidentes distancias, algo similar ocurriría en relación con la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) como institución fundada por el ER. Así, 25 años después de su nacimiento, merece la pena examinar hasta qué punto esta ha desarrollado una postura sólida respecto de una de las cuestiones más controvertidas relativas al enjuiciamiento y castigo de los delitos contra la comunidad internacional: la posibilidad de amnistiar, indultar, suspender o atenuar fuertemente la pena a sus autores. Y ello porque se trata de un asunto de enorme relevancia práctica, sobre todo en el ámbito de la denominada “justicia transicional”<sup>2</sup>, donde, en ocasiones, se acude

<sup>1</sup> En cualquier caso, como es sabido, la CPI no entraría en funcionamiento hasta 2002, por lo que, desde esta perspectiva, habría alcanzado la mayoría de edad recientemente.

<sup>2</sup> En relación con este concepto, creo que la definición más aceptada de justicia de transición es la realizada en su momento por el Secretario General de las Naciones Unidas, en la que se entiende por tal “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas

a todas o algunas de las medidas premiales mencionadas como forma de favorecer la finalización de un conflicto armado o el paso de la dictadura o el autoritarismo a la democracia<sup>3</sup>.

La CPI ha de ser considerada como un actor más dentro del “polifacético panorama de la justicia de transición”<sup>4</sup>, por lo que es necesario conocer cuál es el grado de tolerancia que ha desarrollado respecto de la concesión de medidas premiales en relación con los delitos de su competencia. Y es que de poco serviría que un Estado desarrolle todo un sistema penal de transición si la CPI no garantiza que respetará el mismo, inhibiendo su competencia para llevar a cabo un enjuiciamiento de los hechos.

Con el objeto de dar respuesta a la anterior cuestión, el presente artículo se estructura como sigue. En primer lugar, se enunciará brevemente el dilema jurídico-penal al que, en ocasiones, han de hacer frente los Estados que inician un proceso transicional. En este punto se pondrá un especial énfasis en distinguir entre las distintas medidas premiales a las que tradicionalmente han recurrido los Estados en estos contextos. En segundo lugar, se llevará a cabo un análisis del articulado del ER en busca de posibles preceptos que potencialmente pudieran dar cabida a aquellas.

Seguidamente, en tercer lugar, se contrastarán las consideraciones realizadas en abstracto sobre el articulado con la práctica que, en concreto, la CPI ha mantenido hasta hoy en día. Para ello, se entrará a examinar el sistema de sanciones contenido en el proceso de paz colombiano con las FARC-EP, en tanto proceso conducido por un Estado Parte del ER estando este último en vigor. En relación con este, la Fiscalía de la CPI se ha pronunciado informalmente en una serie de misivas, congresos y conferencias que también serán objeto de análisis. Por último, se hará una valoración crítica a la postura de esta última y se expondrán una serie de conclusiones.

## II. Una cuestión previa: justicia de transición y medidas premiales

### 1. *El dilema jurídico-penal en la justicia de transición*

Aunque el término “justicia de transición” puede parecer novedoso<sup>5</sup>, la cuestión a

derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación [...] Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, así como abarcar el enjuiciamiento de personas, la reparación, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos” (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Doc. ONU S/2004/616).

<sup>3</sup> En este sentido, como indican GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 132, mientras el tránsito de la dictadura a la democracia constituiría el escenario “clásico” de la justicia de transición, con el paso del tiempo el uso del término también se ha extendido a los supuestos de finalización de un conflicto armado activo.

<sup>4</sup> STAHN, 2005b, p. 427.

<sup>5</sup> A este respecto, el INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, 2020, fecha el origen del término en la década de 1990.

la que de fondo se trata de dar respuesta nada tiene de nueva<sup>6</sup>: cómo hacer frente a un pasado reciente de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos<sup>7</sup>. De esta forma, la justicia de transición puede ser funcionalmente entendida como la orientada a generar responsabilidad en un sentido amplio —es decir, no solo como responsabilidad jurídico-penal— sobre los victimarios<sup>8</sup>. En este sentido, uno de los fines que más se ha vinculado a la idea de justicia de transición es el relativo a la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos<sup>9</sup>. Estos derechos serían los enunciados en la reconocida fórmula de verdad, justicia, reparación y no repetición<sup>10</sup>. Asimismo, como si del bálsamo de fierabrás se tratara, la justicia de transición también estaría llamada a alcanzar metas colectivas tan humildes y mundanas como la reconciliación de la sociedad, la consolidación de la paz o la reconstrucción del Estado de Derecho y la democracia<sup>11</sup>.

A los efectos de dar satisfacción a los fines anteriores, los Estados podrían acudir a diversos mecanismos e instrumentos que trascenderían del mero enjuiciamiento e imposición y ejecución de la pena por los delitos cometidos; ello incluiría desde medidas premiales como las amnistías o los indultos, a otras de naturaleza no penal como las comisiones de la verdad o los programas de reparación<sup>12</sup>. Es importante destacar que estos no tienen por qué ser mutuamente excluyentes, sino que pueden complementarse.

La justicia transicional tendría entonces una doble orientación: por un lado, retrospectiva, en tanto busca la superación del pasado; por otro, prospectiva, pues aspira a construir un futuro pacífico<sup>13</sup>. Y es precisamente de esta naturaleza dúplice de la que

<sup>6</sup> Así lo evidencian, WERLE; VORMBAUM, 2018, p. 5; CHINCHÓN ÁLVAREZ, 2019, pp. 523-524.

<sup>7</sup> En este sentido, consideran que sería el carácter a gran escala y masivo de los delitos cometidos el elemento definitorio de los distintos escenarios de la justicia de transición, con independencia del trasfondo político-social, definiría a los escenarios de justicia transicional WERLE; VORMBAUM, 2018, pp. 54, 151; SEIBERT-FOHR, 2019, p. 1; GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 133; CHINCHÓN ÁLVAREZ, 2019, p. 525; CÁMARA ARROYO, 2020, p. 16.

<sup>8</sup> LEEBAW, 2008, p. 98, empleando la palabra “*accountability*”.

<sup>9</sup> DORADO PORRAS, 2015, p. 194; WERLE; VORMBAUM, 2019, p. 3283. De la misma manera, véase también la STS de 27 febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:813), FD 5º, emparentando la justicia de transición con la satisfacción de determinados derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

<sup>10</sup> Este listado puede encontrarse en dos exhaustivos informes de las Naciones Unidas sobre los derechos de las víctimas en los contextos de graves violaciones de los derechos humanos. Así, JOINET, “Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)”, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 26 de junio de 1997, Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/1997/20; ORENTLICHER, “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, Doc. ONU. E/CN.4/2005/102/Add.1. En la doctrina, por todos, AMBOS, 2008, pp. 41-51.

<sup>11</sup> TEITEL, 2002, p. 3; AMBOS, 2008, p. 1; LEEBAW, 2008, pp. 98-99, 117; GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 133. Asimismo, también en STS de 27 febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:813), FD 5º, se hace mención a la “ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro” y a “avanzar en los procesos de reconciliación”.

<sup>12</sup> GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 132; CÁMARA ARROYO, 2020, p. 17.

<sup>13</sup> Destacan este carácter prospectivo y retrospectivo, TEITEL, 2002, p. 7; WERLE; VORMBAUM, 2018, p. 33.

emana uno de los mayores dilemas en estos escenarios: qué hacer cuando las exigencias de responsabilidad que impone el pasado pueden poner en peligro la consecución de las metas a futuro. Desde la óptica jurídico-penal, el dilema ha de entenderse circunscrito, más concretamente, a aquellas situaciones en las que la imposición de la pena ordinariamente prevista en la ley para los delitos cometidos puede, atendiendo a las relaciones de poder<sup>14</sup>, prolongar el conflicto. La imposición y ejecución de la pena ordinaria podría llevar, en estos contextos, a que se cometan nuevos delitos para así evitar la responsabilidad por los ya perpetrados<sup>15</sup>.

A este respecto, dos serían —principalmente— las situaciones en que ello sucedería. En primer lugar, en la transición dictadura-democracia, si los victimarios detentan un control importante del aparato coercitivo estatal<sup>16</sup>. En segundo lugar, en el ámbito de la existencia de un conflicto armado, si los perpetradores no han sido derrotados militarmente<sup>17</sup>.

En ambos escenarios, y siempre teniendo en cuenta el resto de los mecanismos incorporados al sistema transicional, un sector de la doctrina defiende la posibilidad de renunciar en todo o en parte a la pena ordinaria si su imposición o ejecución puede poner en peligro la que sería la finalidad primaria en estos escenarios: la consolidación de la paz en sentido negativo<sup>18</sup>, esto es, como reducción de los niveles de violencia intercolectiva en la sociedad<sup>19</sup>, o “atenuación de los rigores de la guerra y «humanización» de las situaciones de conflicto”<sup>20</sup>. Y es que parece razonable pensar que, sin alcanzar este primer estadio, difícilmente podría darse satisfacción a los derechos de las víctimas o a metas colectivas como la reconstrucción del Estado de Derecho o la reconciliación.

Sn embargo, los Estados no tendrían una discrecionalidad absoluta, sino que su actuación estaría limitada por el derecho positivo<sup>21</sup>. El ER sería, en relación con sus

<sup>14</sup> Que la renuncia o no a la pena depende primariamente del poder que conserven quienes cometieron el delito es algo que destaca, de manera casi unánime, la doctrina penalista. Así, entre otros muchos, MALARINO, 2013, pp. 207, 218-221. Véase también, refiriéndose a las “relaciones de fuerza”, MOLINA FERNÁNDEZ, 2019, p. 279; REYES ALVARADO, 2018a, p. 17, quien pone el foco en la “capacidad de resistencia de los perpetradores”.

<sup>15</sup> MALARINO, 2013, pp. 213, 217; GIL GIL; MACULAN, 2018, p. 244; WERLE; VORMBAUM, 2018, p. 31.

<sup>16</sup> NINO, 2015, p. 201, defendiendo que el control del aparato coercitivo es esencial en la aplicación de una justicia “retroactiva”.

<sup>17</sup> MALARINO, 2013, p. 207.

<sup>18</sup> Entre otros, AMBOS, 2008, pp. 37-38, 95-99; MALARINO, 2013, p. 211; REYES ALVARADO, 2018a, p. 26; MOLINA FERNÁNDEZ, 2019, p. 279; GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 135.

<sup>19</sup> Véase, en este sentido, la definición de paz negativa que da GALTUNG, 1967, pp. 12-14, entendiendo por tal ausencia de violencia colectiva organizada o entre grandes grupos de personas. Junto a este concepto de paz, también podría hablarse de “paz positiva”, vinculada con la existencia de justicia social, de cooperación e integración entre los distintos grupos que componen una sociedad.

<sup>20</sup> Así Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370/06, de 18 de mayo de 2006 (ponente: Cepeda Espinosa), apartado 4.1.3.

<sup>21</sup> Así, WERLE; VORMBAUM, 2018, p. 27, destacando que la superación del pasado debe estar en armonía con las reglas y principios del derecho internacional; CHINCHÓN ÁLVAREZ, 2019, p. 527.

Estados Parte, un elemento más a tener en cuenta a la hora de configurar un sistema de justicia de transición. Sin embargo, antes de entrar a analizar su articulado y la práctica de la CPI, es conveniente realizar una somera distinción entre las distintas medidas premiales a las que sería posible acudir.

## 2. *La distinción entre amnistías, indultos y otras medidas de renuncia a la pena*

Dentro de la categoría de las medidas premiales, ha sido muy común en la doctrina el diferenciar entre amnistías e indultos. Y ello en tanto, en principio, cada una de ellas llevaría asociadas consecuencias jurídicas diferenciadas. Así, se ha señalado que la amnistía se trataría de una medida dirigida al olvido, en tanto actúa de manera directa sobre el hecho delictivo, eliminando toda consecuencia jurídica que pudiera derivarse de aquel<sup>22</sup>. De esta manera, la amnistía no agota sus efectos en la renuncia a la pena de un determinado individuo, sino que también imposibilita el iniciar un enjuiciamiento u obtener la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito en relación con cualquier persona que pudiera tener una conexión de relevancia jurídico-penal con aquel<sup>23</sup>. El indulto, por el contrario, suele concederse de manera individual y afecta exclusivamente a la pena y su ejecución<sup>24</sup>, por lo que, generalmente, se concede una vez ha finalizado el proceso y ha sido dictada sentencia<sup>25</sup>.

No obstante, en la praxis estatal existen diferentes tipos de amnistías, por lo que sería un error concebir esta categoría como homogénea. Así, una primera subcategoría estaría constituida por las llamadas “amnistías manta”, esto es, aquellas que los propios perpetradores de los crímenes se conceden a sí mismos de manera unilateral, y en las que ni se prevén, ni se exigen como condición para beneficiarse de las mismas, actos específicos de contribución a la verdad o a la reparación de las víctimas<sup>26</sup>.

Junto a la anterior, una segunda subcategoría quedaría conformada por las llamadas “amnistías de compromiso”, entendiéndose como tal aquellas concedidas de manera general y sin condicionar, si bien acompañadas de medidas llamadas a restaurar los derechos de las víctimas<sup>27</sup>. Por último, una tercera subcategoría estaría integrada por las llamadas “amnistías condicionadas”, aprobadas normalmente a través de un procedimiento democrático y en las que no se exime de la pena automáticamente, sino que queda supeditada a que el victimario, de manera individual, desarrolle un

<sup>22</sup> CARRACEDO CARRASCO, 2018, p. 111.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 111, señalando que así, por ejemplo, subsiste la responsabilidad civil derivada del delito.

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 156, quien entiende esta diferencia como determinante para rechazar el recurso a las amnistías y, en cambio, admitir tal posibilidad respecto de los indultos, pues estos últimos permiten que subsista la declaración del injusto culpable, lo que resultará de importancia respecto de determinados fines de la pena que serán más adelante examinados.

<sup>26</sup> Se trata de un concepto construido por MALLINDER, 2008, p. 6, quien emplea el término *blanket amnesties*, lo que aquí he traducido como *amnistías manta*. Esta categoría se correspondería esencialmente con lo que UPRIMNY YEPES, 2006, p. 23, denomina como amnistías amnésicas.

<sup>27</sup> UPRIMNY YEPES, 2006, p. 23.

determinado comportamiento, normalmente vinculado a la satisfacción de los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición<sup>28</sup>.

Nótese que en estos casos muchas de las diferencias existentes entre la amnistía y el indulto desaparecerían<sup>29</sup>, ya que el Estado no quedaría siempre impedido para exigir cualquier tipo de responsabilidad sobre el hecho. Sí debe admitirse que, si fueran otorgadas antes de iniciarse el procedimiento jurídico-penal, permanecería la diferencia referida a la declaración oficial de culpabilidad, pero incluso esta puede desaparecer si se conceden una vez dictada sentencia<sup>30</sup>.

Asimismo, junto a la amnistías y los indultos —medidas que, en principio suponen una renuncia total a la pena<sup>31</sup>— en los últimos tiempos puede observarse como, en relación con los crímenes competencia de la CPI, Estados como Colombia han optado, en el marco de los distintos procesos de transición que ha desarrollado con los grupos paramilitares y guerrilleros, por establecer un sistema de sanciones distinto al sistema penal ordinario, en el que se impone un castigo fuertemente atenuado que, en ocasiones, es distinto a la prisión<sup>32</sup>.

Baste lo desarrollado hasta ahora para entender que, en la cuestión de la admisibilidad en el ER de medidas de renuncia total o parcial a la pena, se ha de evitar llevar a cabo un análisis reduccionista en el que bajo una misma etiqueta —“amnistía”, “indulto”— queden aglutinados supuestos significativamente diferentes.

### III. Medidas premiales y el Estatuto de Roma. Consideraciones en abstracto

#### 1. *Marco general*

El ER, a diferencia de lo que sucede en relación con los estatutos de otros tribunales penales internacionales<sup>33</sup>, no contiene ninguna referencia expresa y directa a la

<sup>28</sup> AMBOS, 2008, p. 91. Este tipo de amnistías son denominadas por UPRIMNY YEPES, 2006, p. 23, como “amnistías responsabilizantes”, las cuales se diferenciarían de las amnistías de compromiso en que los perpetradores habrían de participar directamente en la satisfacción de los derechos de las víctimas.

<sup>29</sup> MALLINDER, 2008, p. 14.

<sup>30</sup> Se trataría de las denominadas por MAÑALICH RAFFO, 2010, p. 149, como “amnistías impropias”.

<sup>31</sup> Esto puede ser matizado en el caso de los indultos, donde la renuncia puede ser a una parte de la pena.

<sup>32</sup> En profundidad, vid. *infra*. Apartado IV.2.a. El modelo adoptado en Colombia.

<sup>33</sup> En este punto debe hacerse una distinción entre las distintas medidas premiales. A este respecto, es en relación con las amnistías donde existe una mayor divergencia en cuanto a su previsión. Por un lado, existen tribunales cuyos estatutos, al igual que el ER, no hacen mención alguna a las amnistías en su articulado: así sucede con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY) o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR). Por otro lado, en una segunda categoría estarían aquellos tribunales cuyos estatutos expresamente niegan que una amnistía pueda impedir el enjuiciamiento de los hechos. Ello ocurre con el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, TESL), cuyo art. 10 establece que las amnistías otorgadas a los crímenes contenidos en los arts. 2 a 4 de dicho estatuto, no supondrán un obstáculo para su persecución. Los crímenes a los que hacen referencia los arts. 2 a 4 son: los delitos de lesa humanidad, las violaciones al art. 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II y, por último, cualquier otra violación grave del derecho internacional humanitario. Una previsión similar contiene el art. 18 del Estatuto del Tribunal Especial para Kosovo, donde se afirma que cualquier

posibilidad de que un Estado, en relación con los crímenes competencia de la CPI, conceda amnistías o indultos, haga uso de sanciones alternativas a las ordinariamente previstas, o acuda a fuertes atenuaciones respecto de la pena ordinariamente fijada<sup>34</sup>.

Este silencio no se debe a la casualidad, mucho menos al olvido, de los redactores del ER, sino que fue expresamente buscado en atención al desacuerdo y a la diversidad de posturas existente en las negociaciones. Tal como ha señalado Robinson, varios equipos de negociación se manifestaron en contra de crear una regla de hierro que vedara el recurso a las amnistías o los indultos en cualquier escenario<sup>35</sup>. Así, por ejemplo, Estados Unidos hizo circular un documento en el que promovía un debate sobre la potencialidad de las amnistías para favorecer las transiciones democráticas, alcanzar la reconciliación nacional o poner fin a un conflicto armado<sup>36</sup>. Por otro lado, muchas delegaciones rechazaron crear una excepción explícita que legitimara el recurso a las amnistías u otras medidas, en tanto entendían que se estaría generando un elevado riesgo de abuso en el futuro<sup>37</sup>.

Así las cosas, se decidió hacer uso de una “ambigüedad creativa”<sup>38</sup>, no haciendo en el articulado mención expresa alguna a su admisibilidad o no, pero incorporando

amnistía concedida a una persona por un crimen internacional un delito que haya provocado lesiones corporales graves o la muerte, o un delito contemplado en el apartado 2 del artículo 15, si es competencia de la competencia de las Salas especializadas, no impedirá el enjuiciamiento o el castigo. Por último, mención aparte merece el Estatuto para las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (en adelante, SECC), cuyo art. 40 realiza una doble referencia tanto a las amnistías como a los indultos. Por un lado, dispone que el Gobierno de Camboya habrá de abstenerse de conceder este tipo de medidas a cualquier persona investigada o condenada por alguno de los crímenes referidos en los arts. 3 a 8 de dicha ley (dichos delitos son: homicidio, tortura, persecución religiosa, genocidio, lesa humanidad, graves violaciones a los Convenios de Ginebra, destrucción de la propiedad cultural durante un conflicto armado y, por último, crímenes contra las personas protegidas internacionalmente en atención a la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas). Por otro, deja en manos de las Salas Extraordinarias la decisión sobre la validez de los indultos o amnistías concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

También se puede observar cierta heterogeneidad en lo que a la regulación de los indultos y las conmutaciones de la pena se refiere. Así, tanto el art. 28 del Estatuto del TPIY, como el art. 23 del Estatuto del TESL, comparten la misma fórmula por la que se condiciona la validez de aquellas medidas a «los intereses de justicia y los principios generales del Derecho». En consecuencia, al igual que sucedía respecto del art. 40 del Estatuto de las SECC, no se cierra completamente la puerta a su admisibilidad. Por el contrario, sí muestra mayor rotundidad en su rechazo el art. 18 del Estatuto para el Tribunal Especial de Kosovo, donde se afirma que ninguna persona condenada será indultada con independencia de si su sentencia ya ha sido cumplida o no.

<sup>34</sup> A este respecto, el art. 77.1 ER sí establece una pena máxima: la pena de prisión por un máximo de 30 años, si bien excepcionalmente se admite «la reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». No obstante, no existe ningún artículo que fije una pena mínima a imponer. No es esta una práctica extraña. Y es que, en relación con los estatutos de otros tribunales penales internacionales, únicamente el art. 39 de la *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea* fija una pena mínima de 5 años para los delitos en ella recogidos.

<sup>35</sup> ROBINSON, 2003, p. 483.

<sup>36</sup> U.S. DELEGATION, *State Practice Regarding Amnesties and Pardons*, 1997, p. 1. Disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/USDraftonAmnestiesPardons.pdf>>.

<sup>37</sup> ROBINSON, 2003, p. 483.

<sup>38</sup> SCHARF, 1999, p. 522, atribuye dicha expresión a Philippe Kirsch —presidente de la Conferencia Diplomática de Roma donde se negoció el ER— en una conversación privada durante una conferencia en Estrasburgo.

una serie de preceptos que permitirían a los futuros jueces y fiscales de la CPI decidir sobre ella<sup>39</sup>. Estas disposiciones serían: i) el art. 16 ER, que faculta al Consejo de Seguridad de la ONU (en adelante, el Consejo), a aplazar el inicio o suspender una investigación o enjuiciamiento en curso; ii) el art. 17 ER, referente al rol complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales; y, iii) el art. 53 ER, que permite al Fiscal no iniciar una investigación cuando este considere que existen razones sustanciales para creer que no redundará en «interés de la justicia».

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada uno de los preceptos anteriores, conviene detenerse en uno de los principales argumentos empleados por quienes consideran inadmisibles las medidas premiales en el marco de los crímenes competencia de la CPI: su incompatibilidad con lo dispuesto en el preámbulo del ER.

## 2. *El argumento de la incompatibilidad con el preámbulo del Estatuto*

El preámbulo del ER afirma que los crímenes más graves contra la comunidad internacional no deben quedar sin castigo, de forma que sus responsables han de ser sometidos a la acción de la justicia, siendo deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra ellos, poniendo fin a su impunidad. En atención a lo anterior, la jueza Ibañez Carranza defendió, en su voto particular a la decisión de admisibilidad en el asunto *Saif Al Islam Gaddafi*, que bajo el sistema articulado por el ER no cabría acudir a medidas que, como las amnistías o los indultos, en última instancia conduzcan a la impunidad, pues serían inconsistentes con el propósito y el objeto del Estatuto<sup>40</sup>.

No obstante, considero que se trata de un razonamiento del que es posible diferir o que, al menos, resulta bastante matizable. Si el propósito y objeto de un tratado ha de ser principalmente inferido de su preámbulo, este último debe ser leído entonces en su conjunto y no de manera selectiva. Así, en el preámbulo del ER también se recogen valores como la paz y la seguridad o la prevención de futuros crímenes, valores que, precisamente, pueden entrar en conflicto con una concepción inflexible de la necesidad de castigo<sup>41</sup>.

En consecuencia, creo que puede aceptarse, en la línea de lo sugerido por Olásolo

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 521-522; ROBINSON, 2003, p. 483; STAHN, 2005a, p. 718, señalando que mediante esa fórmula se evitó una política de tolerancia cero hacia las amnistías, dejando margen a una ponderación entre las necesidades de las sociedades en transición y los requerimientos del derecho internacional.

<sup>40</sup> ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibañez Carranza on the Judgment on the appeal of Mr Saif Al Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”’, §§ 6, 130. Asimismo, se trata de una postura compartida por determinadas organizaciones que afirman luchar por los derechos humanos. Así, por ejemplo, HUMAN RIGHTS WATCH, 2005, p. 6, considera que si el objeto y propósito de un tratado ha de inferirse de su preámbulo, entonces una visión que diera cabida a las amnistías, a las comisiones de la verdad, o a las vicisitudes de los procesos de paz, de tal manera que no se iniciara la investigación y el enjuiciamiento, sería contraria a aquel. En relación con la postura de Amnistía Internacional, muy similar a la anterior, véase ĐUKIĆ, 2007, p. 698.

<sup>41</sup> ĐUKIĆ, 2007, p. 699.

Alonso, que a los efectos de alcanzar tales fines, los redactores del ER dotaron de preferencia al enjuiciamiento penal respecto de medidas como las amnistías o los indultos<sup>42</sup>. La exención en todo o en parte de la responsabilidad penal habría de ser entonces entendida como excepcional y condicionada a la satisfacción de otros valores cuya protección también ha sido conferida a la CPI<sup>43</sup>. A través de esta exégesis, que parece compartir la Fiscalía de la CPI al hilo del proceso transicional colombiano<sup>44</sup>, sería posible reconciliar las diferentes secciones del ER<sup>45</sup> y encontrar un acomodo a las tensiones que despiertan los escenarios de transición.

### 3. *El artículo 16 del Estatuto: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*

El artículo 16 del ER hace referencia a la posibilidad de que el Consejo, mediante resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, la Carta), solicite a la CPI el suspender, por un plazo de doce meses renovable por el Consejo, el inicio o la continuación de la investigación o el enjuiciamiento de unos determinados hechos. En este sentido, un profuso grupo de autores considera que dicho precepto permitiría validar, bajo determinadas circunstancias, el recurso a medidas como el indulto o la amnistía en relación con los delitos competencia de la CPI<sup>46</sup>.

A este respecto, resulta necesario analizar tanto el alcance como la viabilidad de esta primera hipótesis. Lo primero que ha de señalarse es que la razón que avalaría dicha petición sería, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta, la existencia de una amenaza a la paz y seguridad internacional<sup>47</sup>. Aunque la Carta no desarrolla qué supuestos quedarían abarcados bajo dicha previsión, sí existe cierto consenso en realizar una interpretación restringida. Así, debo estar de acuerdo con

<sup>42</sup> Así, OLÁSULO ALONSO, 2003, p. 140.

<sup>43</sup> Comparten esta interpretación, SCHARF, 1999, pp. 526-527; SEIBERT-FOHR, 2003, p. 571; también a favor de una interpretación restrictiva, pero sin limitarla a los valores del preámbulo, STAHN, 2005a, pp. 701-703.

<sup>44</sup> Así, el entonces fiscal adjunto STEWART, 2018a, p. 13, defendía que el marco creado por el ER enfatiza la importancia de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves, lo que no puede ser suspendido o ignorado por motivos de oportunidad. No obstante, dicho marco también otorgaría flexibilidad a los Estados en situaciones de posconflicto, si bien las medidas de justicia transicional habrían de estar en conformidad con los objetivos del ER.

<sup>45</sup> Como señala SCHARF, 1999, p. 522, el preámbulo del ER y el resto del articulado fueron negociados por diferentes grupos, lo que explicaría la existencia de tensiones que deberían haber sido resuelto por el Comité de Redacción, pero que, sin embargo, no lo fueron debido al apresuramiento imperante en los últimos días de la Conferencia de Roma.

<sup>46</sup> SCHARF, 1999, p. 522, quien define dicho precepto como “la previsión más importante del ER con respecto a una potencial excepción relativa a las amnistías”; GAVRON, 2002, p. 109; SEIBERT-FOHR, 2003, p. 583; STAHN, 2005a, p. 698; GROPPENGIEBER; MEIBNER, 2005, p. 288; MALLINDER, 2008, p. 282; FREEMAN, 2009, p. 80; REYES ALVARADO, 2018b, p. 16; ĐUKIĆ, 2007, p. 695.

<sup>47</sup> Así, dentro del capítulo VII de la Carta, el art. 39 reza como sigue: “el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

los autores que consideran que este precepto resultaría únicamente de aplicación en aquellos escenarios en los que existe un conflicto armado todavía activo o en los que los gobiernos autoritarios conservan una cuota relevante de poder sobre el aparato coercitivo del Estado<sup>48</sup>.

Sin embargo, incluso en los casos que materialmente reunieran las condiciones requeridas, considero que el art. 16 ER no puede ser el precepto sobre el que se articule la viabilidad de las amnistías, indultos u otras medidas premiales, respecto de los delitos competencia de la CPI. Ello, principalmente, por el espíritu de temporalidad de la provisión. Mientras que medidas como las amnistías o los indultos nacen con vocación de permanencia, resulta difícil imaginar que el Consejo pueda posponer o suspender indefinidamente el inicio o desarrollo de una investigación en el seno de la CPI<sup>49</sup>. Aunque el tenor literal del art. 16 ER no especifica el número de veces que el Consejo podría reiterar su decisión<sup>50</sup>, el art. 39 de la Carta sí limita la posibilidad de su adopción a la existencia de una concreta amenaza a la paz y seguridad. Así, parece lógico pensar que una vez dicho peligro haya desaparecido el Consejo carecería de cobertura legal para adoptar una nueva resolución y la CPI dejaría de estar impedida<sup>51</sup>.

En cualquier caso, de lo anterior no se debe colegir que el art. 16 ER sea un precepto inane a la discusión de la que este artículo se ocupa. El valor del art. 16 ER reside, a mi juicio, en que permite desmentir los argumentos de quienes alegan que la CPI es ajena en su funcionamiento a valores como la paz o la seguridad. Este precepto refleja una primera ponderación entre diversos propósitos, ofreciendo, al mismo tiempo, un primer resultado que queda plasmado en el derecho positivo: la posibilidad de diferir en el tiempo la investigación de aquellos crímenes más graves contra los derechos humanos. Si el resto del articulado del ER ofrece o no alternativas de naturaleza permanente que avalen posibles amnistías, indultos, suspensiones o atenuaciones significativas en la pena habrá de analizarse a continuación.

<sup>48</sup> GAVRON, 2002, p. 109, quien defiende que habrían de quedar excluidas aquellas amnistías dictadas para facilitar una transición pacífica del poder en supuestos de mero descontento militar y social, ya que el grado de amenaza no sería lo suficientemente serio; en la misma dirección SEIBERT-FOHR, 2003, p. 583; RODMAN, 2009, p. 120, limitándolo a aquellos casos en los que la negociación de un acuerdo de paz ha finalizado o está finalizando, o en supuestos en los que se pide la intervención de mediadores internacionales.

<sup>49</sup> GAVRON, 2002, p. 109; STAHN, 2005a, p. 699; MALLINDER, 2008, p. 282; FREEMAN, 2009, p. 81.

<sup>50</sup> Así, como indican GROPPENGIEBER; MEIBNER, 2005, pp. 289-290, nada impediría que este pueda reiterar tal decisión un número ilimitado de veces.

<sup>51</sup> Este razonamiento es el que parece estar de fondo en GAVRON, 2002, p. 109; también en STAHN, 2005a, p. 717; igualmente, AMBOS, 2008, pp. 151-152.

#### 4. *El artículo 17 del Estatuto: el principio de complementariedad*

A diferencia del TPIY o el TPIR, cuyo funcionamiento estaba regido por el principio de primacía<sup>52</sup>, el art. 1 ER define la competencia de la CPI como complementaria a la competencia preferente de las jurisdicciones penales nacionales. El art. 17 ER fija las reglas de funcionamiento de este régimen de complementariedad, estableciendo que la CPI resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: i) sea objeto de investigación o enjuiciamiento por parte de un Estado que tenga jurisdicción sobre él; ii) haya sido objeto de investigación por parte de un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate; iii) la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia<sup>53</sup>.

Por último, y a modo de cierre, el propio art. 17 ER prevé que la CPI pueda ejercer su competencia en todos aquellos supuestos en los que, aun cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, no existiera una verdadera voluntad de investigación o enjuiciamiento por parte de dicho Estado o éste no pudiera realmente llevarlo a cabo. Se trata, como ha reiterado en numerosas ocasiones la CPI, de un análisis en dos pasos: primero ha de comprobarse si hay o ha habido en el pasado investigaciones o enjuiciamientos en relación con un determinado asunto; una vez verificado, habrá de analizarse la cuestión referida a la falta de voluntad y/o capacidad del Estado<sup>54</sup>.

Tomando ello en consideración, un sector de la doctrina ve en el régimen de complementariedad del art. 17 ER una ventana abierta a la potencial validez de las amnistías, indultos y otras medidas de renuncia extraordinaria a la pena<sup>55</sup>. No obstante, resultaría ilusorio pensar que cualquier tipo de medida premial sería admisible, pues el propio tenor literal del precepto restringiría el abanico de posibilidades.

Así, existen una serie de términos y expresiones contenidas en el art. 17 ER que deben ser tenidos en cuenta en el análisis. En primer lugar, debe precisarse el sentido de la palabra investigación; en segundo lugar, la expresión “decisión de no incoar acción penal” también ha de ser interpretada; en tercer lugar, y esto es lo más importante, debe establecerse qué ha de entenderse por falta de disposición o de posibilidad

<sup>52</sup> Así, tanto el art. 9.2 del Estatuto del TPIY como el art. 8.2 del TPIR, establecían su prioridad respecto de las jurisdicciones nacionales, de manera que podían anticiparse a cualquier persecución nacional si así lo decidían.

<sup>53</sup> Como indica EL ZEIDY, 2008, pp. 283-285, el principio de complementariedad está vinculado con los principios penales sustantivos de *ne bis in idem* y cosa juzgada contenidos en el art. 20 ER, cuyo apartado tercero establece que “la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8”.

<sup>54</sup> Por todos; ICC, Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo”, Appeals Chamber, ICC-02/11-01/12 OA, 27 May 2015, § 27.

<sup>55</sup> ROBINSON, 2003, pp. 498-502; SEIBERT-FOHR, 2003, p. 564; STAHN, 2005a, p. 710; MALLINDER, 2007, p. 212.

de llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento<sup>56</sup>. Asimismo, no deben dejar de analizarse las posibles implicaciones que emanarían del llamado “umbral de gravedad”<sup>57</sup>.

La resolución de cada una de estas cuestiones se antoja esencial a fin de lograr inferir los límites que el principio de complementariedad impondría a la concesión de medidas premiales.

#### *A. La existencia de una investigación*

La posibilidad de que la CPI se inhiba respecto de un determinado asunto requiere, en primer lugar, determinar la existencia o no de una investigación por parte de un Estado con jurisdicción sobre el asunto. El art. 17 ER ni define ni especifica qué ha de entenderse por tal o si es necesario que posea un carácter penal.

Desde un plano puramente gramatical, el término “investigar” no significa otra cosa que “indagar para descubrir algo”. Por lo tanto, un mínimo de averiguación de los hechos ha de ser siempre necesario, ya que allí donde no la hay no puede decirse que exista una investigación<sup>58</sup>. Así, resulta indudable que las amnistías manta, que impiden no solo el enjuiciamiento sino también el desarrollo de cualquier tipo de actuación dirigida a determinar lo sucedido, no suponen obstáculo alguno a la CPI, pues no satisfacen los criterios más básicos que se desprenden del tenor literal del art. 17 ER<sup>59</sup>.

Sin embargo, una interpretación estrictamente literal del término deja abierta la puerta a distintos sistemas penales de transición. Así, por ejemplo, a un modelo en el que la concesión de una amnistía venga acompañada por la existencia de una comisión de la verdad. Ha de señalarse que, durante las negociaciones del ER, Sudáfrica buscó el reconocimiento expreso de esta posibilidad<sup>60</sup>. Del mismo modo, también podría resultar aceptable un sistema en el que se concedieran indultos a la totalidad de la pena una vez se hubieran investigado los hechos, declarado el injusto e impuesta una determinada pena en sentencia.

La validez bajo el ER de modelos como los anteriores dependerá entonces de otras cuestiones, como la referida a si la investigación ha de ser conducida por un organismo revestido de naturaleza jurídico-penal o no. En este punto, doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en torno a dos posibles exégesis. La primera de ellas

<sup>56</sup> A este triple test hacen referencia, ROBINSON, 2003, p. 501; STAHN, 2005a, p. 710; AMBOS, 2008, p. 135.

<sup>57</sup> Art. 17.1 ER: “La Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: [...] d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

<sup>58</sup> Así, ROBINSON, 2003, p. 499.

<sup>59</sup> ROBINSON, 2003, p. 501; SEIBERT-FOHR, 2003, p. 567; STAHN, 2005a, p. 709; AMBOS, 2008, pp. 144-145; MALLINDER, 2008, p. 283; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 169.

<sup>60</sup> No obstante, una vez más, esta cuestión fue deliberadamente eludida dejando margen a una futura interpretación caso a caso. Así lo señala ROBINSON, 2003, p. 499; también, SCHABAS, 2017, p. 180, explicando que el principal motivo de la negativa de muchas delegaciones a la propuesta sudafricana fue la desconfianza generalizada hacia otros modelos, como, por ejemplo, el chileno.

coincide con la defendida por Robinson, para quien lo verdaderamente relevante es “que se lleve a cabo un esfuerzo diligente y metódico para reunir pruebas y comprobar los hechos relacionados con la conducta en cuestión, a fin de tomar una decisión objetiva de acuerdo con los criterios pertinentes”<sup>61</sup>. Desde este punto de vista, no sería necesario que la investigación fuera conducida por un organismo de naturaleza jurídico-penal.

Esta exégesis comparte muchas similitudes con la que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la CPI. Aunque la Corte no analiza expresamente en sus decisiones si la investigación habría de ser exclusivamente penal o no, las mismas parecen abogar por un enfoque amplio en el que ello no sería necesario. Así, la CPI ha interpretado el término investigación como referente a la necesidad de adoptar medidas – como entrevistas con los testigos, recogida de pruebas documentales o realización de análisis forenses– dirigidas a determinar si la persona es responsable de la conducta que le es imputada<sup>62</sup>. Así conceptualizado, para poder mantener un asunto bajo su jurisdicción, los Estados habrían de aportar detalles específicos del desarrollo de la investigación, resultando insuficiente una mera descripción general de su curso<sup>63</sup>. De esta manera, a lo sumo podría inferirse una obligación de que la investigación sea conducida por el Estado, pero ello solo acarrearía que las instituciones que se hicieran cargo de ella habrían de ser establecidas por el propio Estado y contar con su apoyo<sup>64</sup>.

No obstante, esta interpretación no es unánime e incluso dentro de la propia CPI hay opiniones que parecen sugerir que la investigación habría de revestir un carácter penal<sup>65</sup>. A través de una interpretación sistemática, un sector de la doctrina ha conectado el término investigación con lo dispuesto en el art. 17.2.c) ER, en el que, *in fine*, se establece una suerte de requerimiento según el cual los procedimientos han de estar dirigidos a hacer comparecer a la persona ante la justicia<sup>66</sup>. A este respecto, varios autores entienden que por justicia ha de entenderse la justicia penal, la cual

<sup>61</sup> ROBINSON, 2003, pp. 499-500; comparten esta definición, CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 168.

<sup>62</sup> Por todas, CPI, Prosecutor v. Simone Gbagbo, cit., §§ 28, 128-131.

<sup>63</sup> *Ibid.*, §§ 29, 128.

<sup>64</sup> De esta opinión, AMBOS, 2008, p. 136.

<sup>65</sup> ICC, Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka, Prosecutor v. Ruto et al, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, Appeals Chamber, ICC-01/09-01/11 (OA), 30 August 2011, § 27, donde afirma que “a la hora de determinar si un Estado está en efecto investigando o enjuiciando un caso, la Cámara deberá ser informada y recibir documentación del sistema nacional de justicia penal del Estado en cuestión”. En ningún momento explica si ello supone una exclusión de otras modalidades de investigación ni fundamenta por qué ello habría de ser así.

<sup>66</sup> Art. 17.2 ER: “A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: [...] c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”.

sería el fin a alcanzar por todos los procedimientos que se inicien ante la CPI y, en consecuencia, la investigación tendría que ser desarrollada por un organismo de naturaleza jurídico-penal<sup>67</sup>. En cualquier caso, aceptar la premisa de esta segunda interpretación —esto es, que el fin último de toda investigación sea el evitar que una persona pueda ser sustraída de su responsabilidad penal<sup>68</sup>—, no impide que dicho fin pudiera ser satisfecho, al menos en una primera fase, a través de una investigación conducida por un organismo no penal<sup>69</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que se opte por una u otra exégesis, ambas imponen una serie de limitaciones a la discrecionalidad estatal. Así, incluso optando por la primera de las interpretaciones señaladas, únicamente resultarían aceptables aquellos organismos —comisiones de la verdad— que, más allá de construir un relato sobre lo sucedido, tuvieran atribuida la capacidad de reunir evidencias sobre los hechos concretos de los que se acusa a la persona en cuestión<sup>70</sup>.

A la anterior habrían de adicionarse otras limitaciones si se opta por la segunda exégesis. Así, en tanto en último término las investigaciones habrían de estar dirigidas a resolver sobre un futuro enjuiciamiento, no resultarían aceptables aquellos organismos cuya actividad —los resultados obtenidos de esta— no pueda ser empleada para la futura atribución de responsabilidad penal<sup>71</sup>. Este tipo de mecanismos quedarían relegados a desempeñar un rol complementario, pero nunca sustitutivo, respecto de aquellos que sí focalizaran sus esfuerzos en decidir sobre un ulterior enjuiciamiento<sup>72</sup>.

#### B. *La existencia de una “decisión de no incoar acción penal”*

A las limitaciones anteriores asociadas al término “investigación”, han de adicionarse aquellas otras que pueden derivarse de lo dispuesto en el art. 17.1.b) ER, donde

<sup>67</sup> SCHARF, 1999, p. 525.

<sup>68</sup> De hecho, esta parece ser la postura de la fiscalía de la CPI, así el Fiscal adjunto de la CPI, STEWART, 2018b, p. 8, afirmó que: “al evaluar los procesos nacionales concretos, la Fiscalía tomará en consideración si las autoridades nacionales competentes están adoptando medidas concretas y progresivas de investigación o enjuiciamiento dirigidas a determinar la responsabilidad de individuos”.

<sup>69</sup> En esta dirección, entre muchos, SEIBERT-FOHR, 2003, p. 569; STAHN, 2005a, p. 711; AMBOS, 2008, pp. 136-137, aunque matiza que, en último término, el enjuiciamiento si habría de ser penal.

<sup>70</sup> STAHN, 2005a, p. 711; KELLER, 2008, pp. 256, 266-267; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 168, señalando como ejemplo prototípico la Truth and Reconciliation Commission sudafricana; AMBOS, 2008, p. 137: “las investigaciones de naturaleza general sobre hechos pasados que no individualizan responsabilidad y, por consiguiente, que no pueden servir de base para una persecución o adjudicación penal no satisfacen el requisito de existencia de una investigación”.

<sup>71</sup> STAHN, 2005a, pp. 710-711; AMBOS, 2008, p. 137.

<sup>72</sup> Muy ilustrativo resulta el ejemplo del proceso de paz colombiano y su Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición. Según el art. 6 del Decreto 588 de 5 de abril de 2017, por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición: “La CEV será un mecanismo extrajudicial. Por tanto, sus actividades no tendrán carácter judicial, ni servirán para la imputación penal ante ninguna autoridad jurisdiccional. La información que reciba o produzca la CEV no podrá ser trasladada por ésta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio, ni las autoridades judiciales podrán requerírsela”.

se menciona expresamente la necesaria existencia de una “decisión de no incoar acción penal contra la persona de que se trate”.

En este punto, es el término “decisión” el que permite extraer una serie de limitaciones a los modelos premiales transicionales. Así, si se quiere evitar vaciar dicho término de contenido, éste solo puede ser interpretado como referente a la necesidad de que haya más de una opción disponible para la persona u órgano encargada de dictar una resolución<sup>73</sup>. Consecuentemente, contextualizando el razonamiento anterior en el marco del ER, el enjuiciamiento ha de ser una de las opciones remanentes; en todo caso ha de quedar un margen para éste, no pudiendo quedar proscrito por ley<sup>74</sup>.

Ello implica que, en principio, quedaría excluida la posibilidad de promulgar amnistías incondicionales, pues en estos casos el enjuiciamiento dejaría de ser una opción *ex ante*. Asimismo, los organismos encargados de la investigación de los hechos, lo que potencialmente incluye a una comisión de la verdad, deberán tener competencia suficiente para denegar las amnistías o indultos en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas para ello<sup>75</sup>.

Así las cosas, hasta este punto el articulado del ER dejaría margen para considerar potencialmente válido un modelo como el desarrollado en Sudáfrica, en el que la decisión de la concesión o no de amnistía era tomada caso a caso por una comisión de la verdad y estaba condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos como el reconocimiento de responsabilidad y la aportación de verdad y reparación a las víctimas<sup>76</sup>.

### C. *La falta de voluntad o de capacidad de llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento*

El art. 17 ER no solo supedita la inadmisibilidad de un asunto a la existencia de una investigación o enjuiciamiento en un Estado con jurisdicción sobre éste. Al mismo tiempo, dicho precepto exige que el Estado no actúe en fraude de ley, facultando a la CPI a ejercer su competencia en todos aquellos supuestos en los que “no existiera una verdadera voluntad de investigación o enjuiciamiento por parte del Estado o este no pudiera realmente llevarlo a cabo”. Para determinar cuando existe esa falta de voluntad, el propio art. 17 ER otorga una serie de criterios que la CPI habrá de valorar en la determinación de la inadmisibilidad o no de un asunto. Éstos son igualmente reproducidos por el art. 20.3 ER en relación con aquellos supuestos en los que la persona en cuestión ya hubiera sido procesada —con independencia de si ha sido sancionada o no— por otro tribunal.

<sup>73</sup> ROBINSON, 2003, p. 500; STIGEN, 2008, p. 429.

<sup>74</sup> ROBINSON, 2003, p. 500; STAHN, 2005a, p. 712; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 169.

<sup>75</sup> SEIBERT-FOHR, 2003, pp. 568-569; STAHN, 2005a, pp. 711-712; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, pp. 169-170.

<sup>76</sup> SEIBERT-FOHR, 2003, p. 569; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 172; KELLER, 2008, p. 257.

A este respecto, los arts. 17.2.a) y 20.3.a) ER contienen el que quizás sea uno de los mayores impedimentos a la viabilidad de medidas que afecten a la imposición, extensión y ejecución de la pena, al considerar que existe una falta de disposición a actuar por parte de un Estado cuando haya sido adoptada una decisión “cuyo propósito sea el de sustraer a una persona de su responsabilidad penal”. La fiscalía de la CPI ha tratado de desarrollar estos preceptos otorgando una serie de indicadores que permitirían evaluar la existencia de dicho propósito: la desviación respecto de las prácticas y procedimientos establecidos; la intimidación de testigos, víctimas o del propio personal judicial; la fabricación de pruebas; o la negativa a proporcionar información y a colaborar con la CPI serían algunos de ellos<sup>77</sup>. Las amnistías también aparecen, sin diferenciar entre los diferentes tipos, como una posible evidencia de dicho propósito<sup>78</sup>.

De igual modo, los apartados b) y c) del art. 17 ER, así como el art. 20.3.b) ER, establecen que la CPI habrá de determinar la no existencia de una disposición de actuar cuando pueda advertirse una patente incompatibilidad entre el modo en el que el proceso está siendo sustanciado y “la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”. Si bien el tenor literal no menciona qué ha de entenderse por “proceso” o por “justicia”, doctrina y jurisprudencia coinciden en considerarlos conectados al necesario desarrollo de un procedimiento judicial penal contra los autores<sup>79</sup>. La existencia de una demora injustificada en el juicio o la falta de independencia o imparcialidad serían ejemplos específicos de ello<sup>80</sup>, pero no agotaría el abanico de supuestos en que ello podría suceder<sup>81</sup>.

A partir de lo anterior, la potencial validez de las medidas premiales contenidas en un determinado sistema transicional dependerá de la interpretación que se dé a la expresión “propósito de sustraer” o al término “intención”. Y es que el decantarse por una exégesis objetiva o subjetiva conduce a conclusiones dispares.

<sup>77</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2013, p. 13. Para un listado detallado, OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2003, pp. 14, 28-29.

<sup>78</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2003, p. 29.

<sup>79</sup> En la doctrina, entre otros, SCHARF, 1999, p. 525; ROBINSON, 2003, 499; SEIBERT-FOHR, 2003, p. 563; STAHN, 2005a, p. 716; AMBOS, 2008, pp. 136-137; KELLER, 2008, p. 245; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 173. Así, CPI y la Fiscalía han defendido que “por «procesos», por supuesto, el ER hace referencia a procesos penales en el sentido tradicional, esto es, procesos que involucran un enjuiciamiento penal, una decisión acerca de la culpabilidad o inocencia de la persona imputada y, en caso de condena, la imposición de una sanción penal”. Así, STEWART, 2018b, p. 5; en la jurisprudencia, ICC, *Prosecutor v. Saif al Islam Gaddafi*, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”’ of 5 April 2019, Appeals Chamber, 09.03.2020, ICC-01/11-01/11, § 230, interpretando la expresión “incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” como referente a los procesos que llevan a un sospechoso a evadir la justicia, es decir, a no ser procesado para establecer su responsabilidad penal.

<sup>80</sup> Arts. 17.2.b) y 20.3.b) ER.

<sup>81</sup> Como ha mencionado EL ZEIDY, 2008, p. 168, los ejemplos específicamente referenciados buscarían establecer una serie de límites objetivos que permitieran reducir el prevalente carácter subjetivo de este examen.

Desde una perspectiva objetiva, es incuestionable que la sustracción de la responsabilidad penal es una consecuencia inevitable de las medidas premiales. Aun cuando el propósito o la intención principal sea poner fin a un conflicto armado o facilitar la transición de la dictadura a la democracia, es igualmente innegable que el medio elegido acaba provocando la exclusión —parcial en el caso de las sanciones fuertemente atenuadas— de la responsabilidad penal de los perpetradores<sup>82</sup>. Así, algunos autores han señalado que la CPI, en su test de admisibilidad, no debe tomar en consideración el objetivo a largo plazo de las medidas adoptadas, de manera que incluso cuando estas hayan sido adoptadas de buena fe, la CPI podría mantener su competencia en tanto la consecuencia primaria e inmediata —y la única que con certeza podría alcanzarse a nivel nacional— sería la sustracción total o parcial de la responsabilidad penal de los perpetradores<sup>83</sup>.

No obstante, existen varios motivos que invitan a pensar que esta interpretación no sería la más apropiada. En primer lugar, es muy discutible si la concesión de medidas premiales una vez finalizado el procedimiento realmente incidiría en el carácter genuino de aquel mientras estaba en marcha<sup>84</sup>, más aún en aquellos supuestos en los que las medidas son concedidas por un Gobierno distinto al existente en el momento de la sustanciación del proceso<sup>85</sup>. En este último caso, piénsese, por ejemplo, en los indultos concedidos en Argentina por el Gobierno de Menem respecto de los delitos perpetrados por el Gobierno de Videla durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional y enjuiciados parcialmente por el Gobierno de Alfonsín.

En segundo lugar, debido a que los propios arts. 17.2 y 20.3.b) ER emplean los términos «propósito» e «intención», los cuales deben diferenciarse de otros como “efecto” o “consecuencia”. A diferencia de las dos últimos, los primeros evocan un designio o un ánimo, lo que indicaría que por mucho que exista un interés en objetivar la interpretación<sup>86</sup>, esta ha de contener inevitablemente elementos subjetivos<sup>87</sup>. En consecuencia, a la hora de determinar la existencia de una falta de voluntad, la

<sup>82</sup> GAVRON, 2002, p. 111; ROBINSON, 2003, p. 501; SEIBERT-FOHR, 2003, p. 570; STAHN, 2005a, p. 715; FREEMAN, 2009, p. 82.

<sup>83</sup> Expresamente a favor de esta interpretación, GAVRON, 2002, p. 111; GROPENGLIEBER; MEIBNER, 2005, pp. 285-286; STIGEN, 2008, pp. 251-252, destacando que el motivo subyacente, aunque pueda ser moralmente aceptable, ha de ser legalmente irrelevante; se muestra dubitativa KELLER, 2008, pp. 245, 258, indicando que aunque el resultado inmediato es la extracción de responsabilidad, no debería descartarse la posibilidad de que la CPI interprete el propósito de blindar como referente a la necesidad que exista una mala fe estatal.

<sup>84</sup> En este punto la doctrina se encuentra dividida. A favor de considerar que el otorgamiento de este tipo de medidas denotaría que el procedimiento no es genuino y que, de acuerdo con el propósito de blindar, la CPI podría obviar éstos, SCHARF, 1999, p. 525. En contra de tal posibilidad, o al menos dubitativos con ello, EL ZEIDY, 2008, pp. 297-298; STIGEN, 2008, p. 210; SCHABAS, 2017, p. 187.

<sup>85</sup> Específicamente sobre ello, STIGEN, 2008, pp. 287-288, 334-335.

<sup>86</sup> Así, EL ZEIDY, 2008, pp. 163, 236, señala que la intención del comité preparatorio del ER era la de reducir el número de términos que hicieran referencia a elementos subjetivos.

<sup>87</sup> GAVRON, 2002, p. 111; AMBOS, 2008, p. 141; EL ZEIDY, 2008, pp. 163, 236; STIGEN, 2008, p. 251; DRUMBL, 2007, p. 142.

CPI no podría obviar el ánimo específico que guía al Estado. Y es que, a estos efectos, la exégesis objetiva acaba conduciendo a una presunción de mala fe estatal y a una completa equiparación entre voluntad y efecto, que, *de facto*, impide distinguir entre modelos de transición democráticamente legitimados —como por ejemplo el modelo sudafricano— de aquellos otros, como Chile, surgidos de la arbitrariedad dictatorial.

Bajo esta exégesis subjetiva, la falta de disposición a actuar haría referencia a la ausencia de calidad, seriedad y buena fe que existiría en los procedimientos “políticamente manipulados para generar impunidad”<sup>88</sup>. Así, parece claro que las *amnistías o indultos manta* quedarían vedadas, en tanto supuesto indiscutible de medida cuyo propósito es sustraer a un individuo de su responsabilidad penal<sup>89</sup>. De igual manera, el otorgamiento incondicionado de estas medidas, aun combinado con una comisión de la verdad focalizada en construir un relato genérico, tampoco inhibiría el enjuiciamiento de los hechos por la CPI. Este tipo de escenarios constituirían el ejemplo prototípico de fraude de ley que el ER busca combatir.

Empero, sí podrían entenderse legalmente admisibles aquellas otras medidas premiales dirigidas a alcanzar la paz y la reconciliación social, y cuya efectiva concesión fuera dependiente del desarrollo de una serie de actividades que contribuyan a alcanzar tales fines, permaneciendo latente, en caso contrario, la posibilidad de ser condenado a la pena ordinariamente prevista<sup>90</sup>. En estos casos, la ausencia de enjuiciamiento, la imposición de una pena fuertemente atenuada, o su no ejecución, serían más una desagradable consecuencia colateral —derivada de las actividades desarrolladas por el victimario orientadas a dar satisfacción a los derechos de las víctimas y a la consecución de la paz o la reconciliación como fines últimos<sup>91</sup>— que un verdadero propósito perseguido por el Estado.

En cualquier caso, como desarrollaré más adelante, la Fiscalía de la CPI parece vincular el carácter genuino de los procedimientos con la necesaria e imprescindible imposición de una pena proporcionada a las circunstancias de comisión del delito, si bien esta última podría reducirse en atención a la existencia de mecanismos complementarios a los que se someta el autor. No solo es difícil incardinar esta exégesis en alguno de los grandes grupos anteriores, sino que puede ser —y aquí será— objeto de crítica en lo que a su fundamento se refiere.

<sup>88</sup> AMBOS, 2008, p. 140; en sentido similar, EL ZEIDY, 2008, pp. 170, 175, 285; DRUMBL, 2007, p. 142; también se plantea esta posibilidad KELLER, 2008, pp. 258-259, aunque, como he señalado anteriormente, parece decantarse por una interpretación objetiva.

<sup>89</sup> Entre otros, ROBINSON, 2003, p. 501; STAHN, 2005a, p. 714; AMBOS, 2008, p. 145; MALLINDER, 2008, p. 283.

<sup>90</sup> A favor de esta interpretación, SEIBERT-FOHR, 2003, p. 570; STAHN, 2005a, pp. 715-716; MALLINDER, 2007, p. 212; AMBOS, 2008, pp. 145-147; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 170; SCHABAS, 2017, p. 181; REYES ALVARADO, 2018b, p. 19.

<sup>91</sup> SEIBERT-FOHR, 2003, pp. 571-572; UPRIMNY YEPES, 2006, p. 29; AMBOS, 2008, pp. 141-144; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, p. 170; GIL GIL, 2017, p. 42.

#### D. Las posibles derivaciones del denominado “umbral de gravedad”

El art. 17.1.d) ER establece que la CPI resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando este “no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”. De este modo, para que la CPI pueda actuar sobre un determinado asunto, no es suficiente con que los hechos puedan ser constitutivos de alguno de los delitos de su competencia, también sería indispensable superar un filtro de gravedad adicional<sup>92</sup>.

En este sentido, la CPI concentra sus actuaciones en aquellas personas que tienen una mayor responsabilidad por los delitos cometidos<sup>93</sup>. Aunque la jurisprudencia no ha especificado quiénes conformarían esta categoría conceptual, la doctrina y la Fiscalía de la CPI si lo han hecho. Así, habrán de ser considerados como máximos responsables aquellas personas que ejerzan un liderazgo político, administrativo y militar<sup>94</sup>.

Empero, el rol o el estatus del victimario no constituye el único criterio relevante. La Fiscalía de la CPI, consciente de que una fórmula excesivamente formalista puede ser contraproducente<sup>95</sup>, considera que también superarían el umbral de gravedad aquellos perpetradores de bajo o medio rango cuya actuación denote un injusto cuantitativa o cualitativamente mayor<sup>96</sup>. Muy sintéticamente, basta decir que este mayor injusto es valorado desde una cuádruple perspectiva: la escala a la que ha sido cometido el delito, su naturaleza, su modo de comisión y su impacto sobre la sociedad<sup>97</sup>.

Esta limitación de su rango de actuación obedece principalmente a motivos de eficiencia: ni la CPI, ni ningún otro tribunal encargado de perseguir delitos cometidos a gran escala, dispone del personal, espacio, tiempo y presupuesto necesarios para enjuiciar a todos los responsables<sup>98</sup>. Empero, más complicado resulta determinar cuáles serían las derivaciones en relación con las posibles medidas premiales contenidas en un determinado sistema penal de transición.

<sup>92</sup> Por todas, ICC, Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II; ICC-01/09, 31 March 2010, § 56.

<sup>93</sup> *Ibid.*, § 60

<sup>94</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003, p. 7; STAHN, 2005a, p. 707; MALLINDER, 2007, p. 222.

<sup>95</sup> Así en OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2013, p. 15, se alude a que el rol de las personas puede variar considerablemente en atención a las circunstancias del caso, por lo que debe evitarse una valoración asentada en motivos excesivamente formales; igualmente, OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, p. 14, donde señala que el concepto de máximo responsable no tiene por qué coincidir necesariamente con estatus jerárquico que, *de iure*, ostente el victimario.

<sup>96</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, p. 14.

<sup>97</sup> Para un análisis detallado de qué se evalúa dentro de cada uno de estos factores, véase OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2013, pp. 15-16; OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, pp. 13-14.

<sup>98</sup> OLÁSULO ALONSO, 2003, p. 145; STIGEN, 2008, p. 18; CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, pp. 26, 67; TEITEL, 2002, p. 40; AUKERMAN, 2002, pp. 51-52; ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, p. 303; GIL GIL; MACULAN, 2020, pp. 145-146; WERLE; VORMBAUM, 2019, p. 3284. A este

Una primera opción pasaría por entender que el que la CPI focalice sus esfuerzos en los perpetradores detentan una mayor responsabilidad no implica, necesariamente, que aquellos de menor rango hayan de quedar sin castigo. Quienes adoptan esta óptica consideran que los victimarios que no fueran seleccionados por la CPI habrían de ser enjuiciados por los sistemas penales nacionales para así lograr alcanzar el objetivo de acabar con la impunidad<sup>99</sup>.

No obstante, esta interpretación punitivista resulta difícilmente sostenible en la práctica. La CPI no puede exigir a los diferentes sistemas judiciales nacionales más de lo objetivamente realizable. Pretender que un Estado persiga a todos los perpetradores, sin un modelo de priorización de casos, no solo redundaría en una evidente ineficiencia, sino que al mismo tiempo es inasequible en la práctica<sup>100</sup>. En consecuencia, dado que carece de todo sentido exigir por imperativo legal aquello que es fácticamente irrealizable, parece más razonable adoptar una interpretación en la que la necesidad de enjuiciamiento, investigación y castigo quede reservada únicamente a los máximos responsables, para los cuales el imperativo de penalidad sería mayor<sup>101</sup>. Esta exigencia admitiría una mayor flexibilización en relación con aquellos victimarios cuyas conductas no superaran el umbral de gravedad y, consecuentemente, podría defenderse un modelo transicional que combinara amnistías, indultos o suspensiones condicionadas —complementadas con medidas como una comisión de la verdad—, con una política de sanciones para aquellos victimarios cuya actuación si trascendiera de dicho umbral<sup>102</sup>.

### 5. *El artículo 53 del Estatuto: el interés de la justicia*

Que un caso resulte admisible bajo el prisma del art. 17 ER no implica, *per se*, el inicio automático de la investigación sobre los hechos por la CPI. En este sentido, los arts. 53.1.c) y 53.2.c) ER otorgan un margen de discrecionalidad a la Fiscalía de la CPI, que puede decidir no iniciar una investigación si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas [...] no redundaría en interés de la justicia”<sup>103</sup>.

respecto, REYES ALVARADO, 2018a, p. 17, señala que si se hubiera tenido que perseguir a todos en Ruanda, habría que haber enjuiciado entre 30.000 y 100.000 personas; el conflicto ruandés es tomado también como ejemplo por, quien pone de manifiesto que el enjuiciamiento de un número tan elevado de hubiera llevado casi un siglo.

<sup>99</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2016, pp. 4-5; entre la doctrina, GROPPENGIEBER; MEIBNER, 2005, p. 287; EL ZEIDY, 2008, pp. 299-301.

<sup>100</sup> Así, ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, p. 298, ejemplificándolo con los escasos resultados obtenidos por la postura maximalista plasmada en la Ley de Justicia de Paz colombiana.

<sup>101</sup> Expresamente a favor de esta interpretación, ROBINSON, D., 2003, p. 485; STAHN, 2005a, p. 707.

<sup>102</sup> SEIBERT-FOHR, 2003, p. 567; STAHN, 2005a, p. 708; MALLINDER, 2007, p. 223; STIGEN, 2008, p. 430; DRUMBL, 2007, p. 146, quien, sin optar expresamente por esta solución, aboga por una aproximación flexible de la CPI respecto de los procedimientos nacionales referidos a los perpetradores de bajo rango; FREEMAN, 2009, p. 76.

<sup>103</sup> Especialmente crítico con esta posibilidad, OLÁSULO ALONSO, 2003, p. 88, quien indica que, de esta

Antes de entrar a valorar su relación con la concesión de medidas premiales, hay ciertos aspectos del precepto que deben ser matizados. En primer lugar, el precepto quedó redactado de tal manera que lo requerido no sería que la investigación redundara en “interés de la justicia”, sino que bastaría con que no se identificara “ningún factor en particular que recomiende no entrar a investigar una situación en un determinado momento”<sup>104</sup>. Asimismo, también ha de señalarse que este margen de apreciación no puede ser confundido con una suerte de discrecionalidad absoluta de la Fiscalía. Por el contrario, se trata de una facultad de naturaleza excepcional, existiendo una presunción a favor de la investigación y el enjuiciamiento allí donde se hayan satisfecho los criterios de admisibilidad del art. 17 ER<sup>105</sup>. Es más, la decisión de la Fiscalía de la CPI podrá ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares —ya sea de oficio, ya a petición del Estado que haya remitido el asunto o del Consejo— de manera que únicamente surtirá efecto si ésta la confirma<sup>106</sup>.

Volviendo nuevamente a la esencia de la cuestión que ocupa a este artículo, son varios los autores que ven en esta previsión la cláusula con mayor potencial para justificar la admisibilidad de medidas de renuncia a la pena respecto de los delitos competencia de la CPI<sup>107</sup>. Hasta ahora, el debate ha girado en torno al modo en el que habría de interpretarse el término “justicia”, si como justicia penal o como algo más.

Los argumentos que respaldarían una interpretación restrictiva del término —esto es, como justicia punitiva— ya han sido desarrollados a lo largo del artículo: la necesidad de acabar con la impunidad como objeto y propósito de la CPI, así como el significado otorgado al término “justicia” como procedimiento judicial penal en relación con el principio de complementariedad contenido en los arts. 17 y 20 ER<sup>108</sup>.

Sin embargo, a mi juicio, se trata de una exégesis inadecuada por varios motivos. En primer lugar, porque vacía de contenido el art. 53 ER. Así, si una situación fuera admisible bajo el art. 17 ER, también habría de serlo necesariamente bajo el art. 53 ER, convirtiéndose este último precepto en completamente inoperante. En segundo lugar, debido a que incluso si el término “justicia” se entiende referido a la justicia penal en exclusiva, de ello no se derivaría necesariamente una incompatibilidad con

forma, los redactores del ER, a través de la puerta de atrás, deshicieron algunas de las elecciones ya tomadas en el Preámbulo, decisiones que debido a su gran relevancia deberían haber sido adoptadas por el legislador del ER y no dejadas en manos de la Fiscalía o de las Cámaras de la CPI.

<sup>104</sup> OLÁSULO ALONSO, 2012, n. 24, p. 5.

<sup>105</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2007, pp. 1, 3, ello resultaría del significado ordinario de los términos en atención tanto al contexto como al objeto y propósito del ER.

<sup>106</sup> Arts. 53.3.a) y b) ER. Sobre cómo puede afectar esto a la autonomía e independencia de la Fiscalía de la CPI, OLÁSULO ALONSO, 2003, pp. 101-106.

<sup>107</sup> ROBINSON, 2003, p. 486, donde señala que el art. 53 ER sería la provisión del ER que dispondría de un mayor potencial para justificar la aceptación de medidas de perdón y reconciliación ajenas al enjuiciamiento; DRUMBL, 2007, p. 142; MACULAN, 2019, p. 95, quien considera que se trata de una “válvula de apertura” a consideraciones de carácter político; en línea con la anterior, CÁMARA ARROYO, 2020, p. 153, destacando que esta cláusula permitiría tener en cuenta aspectos relacionados con la estabilidad social.

<sup>108</sup> SEIBERT-FOHR, 2003, pp. 578-580.

las medidas premiales. Aquellos que mantienen lo contrario es porque —con anterioridad, ya sea consciente o inconscientemente— han adoptado una visión retributiva en la que la pena es un propósito en sí mismo. Si se identifica la noción de justicia con el castigo, no puede desconocerse que este tiene varios intereses —o fines— a los que la imposición de una pena ajustada a la gravedad del injusto puede perjudicar, como por ejemplo la prevención general<sup>109</sup>.

Dentro de las exégesis que pueden calificarse de “restrictivas”, también es posible encontrar aquellas que estiman que el “interés de la justicia” habría de ser interpretado en atención al resto de criterios junto a los que aparece, lo que acabaría reduciendo su contenido a cuestiones propias del proceso en cuestión y no a aquellas ubicadas fuera de éste<sup>110</sup>. Consecuentemente, y siempre según esta interpretación, la idea de justicia de transición, así como las tensiones subyacentes a estos escenarios, habrían de quedar excluidas del concepto del art. 53 ER<sup>111</sup>. En esta línea de razonamiento parece encontrarse la Fiscalía, quien tradicionalmente se ha negado a equiparar el “interés de la justicia” con el “interés de la paz”, entendiendo que estos objetivos quedarían fuera de las competencias de la Fiscalía de la CPI, haciendo parte del mandato de otras instituciones como el Consejo<sup>112</sup>.

Por último, tomando como punto de partida la expresión “entre ellas”, contenida en el art. 53.2.c) ER en el listado de criterios a tener en cuenta por la Fiscalía a la hora de determinar si la investigación o el enjuiciamiento redundan en “interés de la justicia”<sup>113</sup>, un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de extender el término a consideraciones de justicia extra-penal<sup>114</sup>. Así, cabría entender la “justicia”

<sup>109</sup> Véase, ĐUKIĆ, 2007, p. 696. En la misma dirección, KELLER, 2008, pp. 260 y ss., pp. 740-741; CÁMARA ARROYO, 2020, pp. 160-161.

<sup>110</sup> CARTER; ELLIS; JALLOH, 2016, pp. 199-201, favorables a una concepción amplia, pero conscientes de que lo más probable es que la Fiscalía adopte esta última exégesis; igualmente, ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, p. 316. De hecho, esta era la interpretación que en alguna ocasión mantuvo STEWART, 2015, p. 17, afirmando que solo quedarían abarcados los intereses de las víctimas y otras consideraciones propias de la gravedad del delito, por lo que las relativa a la paz desaparecerían.

<sup>111</sup> Por todos, HUMAN RIGHTS WATCH, 2005.

<sup>112</sup> Así lo ha mantenido la Fiscalía de la CPI en OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2007, pp. 1, 8; en la misma dirección, OFFICE OF THE PROSECUTOR, 2013, p. 16, manifestando el temor de que, en caso de adoptarse una concepción amplia, la Fiscalía de la CPI pueda quedar convertida en una herramienta de mediación respecto de negociaciones políticas. Esta visión es compartida desde la doctrina por, ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, pp. 314-315, 318, defendiendo la existencia de una división de poderes entre la CPI y el Consejo, de manera que este último se encargaría de la justicia y seguridad colectiva, mientras que la CPI extendería su competencia únicamente a la justicia individual. Véase también, HUMAN RIGHTS WATCH, 2005, p. 7.

<sup>113</sup> Art. 53.2 ER: “[...] c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor...”.

<sup>114</sup> ROBINSON, 2003, p. 488; STAHN, 2005a, p. 698; GROPPENGIEBER; MEIBNER, 2005, p. 296. No obstante, hay un sector de la doctrina que considera que el término «entre ellas» no puede concebirse como completamente autónomo, sino conectado al resto de criterios, de suerte que solo abriría la puerta a cuestiones adicionales del proceso en cuestión y no a aquellas ubicadas fuera de éste. Así, entre otros, ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, p. 316. Mayores matices tiene la posición de ĐUKIĆ, 2007, pp. 696, 700, quien considera que el art. 53 ER parece reservar un rol diferente al interés de la justicia en función

de manera “restaurativa”, lo que incluiría la satisfacción de los derechos de las víctimas<sup>115</sup> o la reconciliación como últimas metas del proceso de transición<sup>116</sup>. De esta manera, la Fiscalía podría solicitar la suspensión o no iniciación de una investigación cuando esta pudiera poner en peligro la consecución de dichas metas a nivel nacional.

#### IV. Medidas premiales y el Estatuto de Roma: la práctica de la Corte

##### 1. *El proceso contra Saif al Islam Gaddafi*

El proceso contra *Saif al Islam Gaddafi*, constituye, en el momento en el que se redactan estas líneas, el único supuesto en el que las distintas salas de la CPI se han pronunciado directamente respecto de la cuestión que ocupa a este artículo. No obstante, ya debe ponerse de manifiesto que, empleando como disculpa el hecho de que el art. 3 de la Ley libia 6/2015 General de Amnistía excluía de su ámbito material los delitos imputados a Gaddafi, la Corte no desarrolló un análisis en profundidad acerca de la admisibilidad de las medidas premiales en el articulado del ER. Así, la CPI se limitó a entender el caso como admisible, “sin perjuicio de la cuestión de si una amnistía puede tener algún impacto en las decisiones sobre la admisibilidad de un caso en virtud del art. 17(1)(c) del Estatuto, en particular sobre si puede cambiar el hecho de que una persona haya sido o no ha sido juzgada o no a los efectos del art. 17(1)(c) del Estatuto”<sup>117</sup>.

No obstante, en primera instancia sí que realizó una serie de consideraciones generales sobre la cuestión. Así, estimó que, al margen de las diferencias entre una y otra figura, en el derecho internacional existe una propensión cada vez mayor a considerar que las amnistías y los indultos no pueden ser otorgados respecto de las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos<sup>118</sup>. En esta decisión, parecía que

de si se está en la fase de investigación o en la de enjuiciamiento, de manera que en la primera de las fases el término no podría extenderse a consideraciones extra-penales, puerta que sí quedaría abierta en la fase de enjuiciamiento.

<sup>115</sup> A este respecto, la referencia a los intereses de las víctimas es vista por muchos autores como un factor clave en la defensa de una concepción restaurativa del término “justicia”. Así, se alega que si bien generalmente los intereses de las víctimas tienden a decantarse a favor del enjuiciamiento, puede haber casos concretos en los que no sea así, de manera que este último pueda poner en peligro algunos de esos intereses, como, por ejemplo, la protección de su integridad. En esta dirección, MALLINDER, 2007, p. 219; RODMAN, 2009, p. 121; en contra, HUMAN RIGHTS WATCH, 2005, considerando que, en todo caso, los intereses de las víctimas están ligados a la necesidad de enjuiciamiento; en una dirección similar, ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, p. 316.

<sup>116</sup> SCHARF, 1999, p. 523; ROBINSON, 2003, pp. 486 y ss.; GROPPENGIEBER; MEIBNER, 2005, pp. 296-297; MALLINDER, 2007, p. 218; AMBOS, 2008, pp. 153-161; FREEMAN, 2009, p. 83; ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, pp. 309-318.

<sup>117</sup> ICC, *Prosecutor v. Saif al Islam Gaddafi*, Decision on the ‘Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’, Pre-Trial Chamber I, 05.04.2019, ICC-01/11-01/11, §§ 87-88.

<sup>118</sup> *Ibid.*, § 61, 77.

la CPI adoptaba una postura similar a la defendida en su momento por el TPIY<sup>119</sup>, el TESL<sup>120</sup>, o las SECC<sup>121</sup>.

No obstante, posteriormente la Sala de apelaciones de la CPI modificó ligeramente este parecer, eliminando la reflexión relativa a la legalidad de las amnistías de la *ratio decidendi* —considerándolo *obiter dicta*— coligiendo que el derecho internacional aún no permite dar una respuesta definitiva a esta cuestión por encontrarse en estadio de desarrollo<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> A este respecto, el TPIY únicamente abordó la cuestión de las amnistías, y solo en el proceso contra Anton Furundzija. Así, en ICTY, Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Trial Chamber, IT-95-17/1-T, 10 December 1998, §§ 155-158, la Sala de Primera Instancia consideró que las amnistías cuyo ámbito material se extendiera al delito de tortura no constituyen un impedimento al enjuiciamiento de los hechos. Comparto aquí la crítica de MALLINDER, 2008, p. 249, referida a lo reducido del análisis, en el que las distintas amnistías quedan englobadas en una misma categoría.

<sup>120</sup> En este sentido, en SCSL, Prosecutor v. Kallon and Bazy Kamara, Appeals Chamber, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 13 March 2004, §§ 71-73, 82-84, el tribunal defendió que la concesión de una amnistía no impediría el enjuiciamiento de los delitos que han alcanzado el estatus de *ius cogens*, en la medida que sobre estos existiría un deber de enjuiciamiento y castigo incompatible con la concesión de aquellas. Véase, igualmente, SCSL, Prosecutor v. Gbao, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, Appeals Chamber, Case No SCSL-04-15-PT, 25 May 2004, §§ 8-10. En este punto, debe destacarse que, como sucedía con el TPIY, el Tribunal no diferenció entre las distintas modalidades de amnistía, ni se planteó un posible escenario de confrontación de intereses. Un análisis de este calado sí fue realizado por el Juez Robertson en el asunto Prosecutor v. Kondewa, en una opinión separada a la decisión de la Sala de Apelación. En dicho razonamiento matizó que aquellas amnistías que han de ser entendidas como inadmisibles son las *blanket amnesties*. Fuera de estos casos, las amnistías dictadas en aras de alcanzar un fin legítimo, aun cuando su ámbito material se extendiera a los crímenes más graves bajo el prisma del derecho internacional, podrían resultar aceptables siempre que quedaran limitadas a aquellos perpetradores con un menor grado de responsabilidad en los hechos y existieran medidas alternativas a los enjuiciamientos penales capaces de dar satisfacción a los derechos de las víctimas. En todo caso, los mayores responsables habrían de ser castigados, no pudiendo ser beneficiarios de amnistía alguna (SCSL, Prosecutor v. Kondewa, Decision on Lack of Jurisdiction/Abuse of Process: Amnesty Provided by the Lomé Accord, Appeals Chamber, SCSL-04-14-AR72(E), 25 May 2004. Separate Opinion of Judge Robertson, §§ 32-50).

<sup>121</sup> En relación con estas últimas, las SECC determinaron de manera tajante la invalidez de las *blanket amnesties* cuando su alcance comprendiera los delitos más graves contra la comunidad internacional (ECCC, Prosecutors vs. Ieng et al, Decision on IENG Sary's Rule 89 Preliminary Objections (*Ne Bis In Idem* and Amnesty and Pardon), Trial Chamber, Case No.002/19-09-2007-ECCC/TC, 3 November 2011, §§ 49, 53). No obstante, al mismo tiempo reconocen que no puede decirse que dicha incompatibilidad sea absoluta; allí donde las amnistías son dictadas como parte de un proceso de reconciliación, ciertas amnistías condicionales, que proporcionen alguna forma de reconocimiento de responsabilidad y de acceso de las víctimas a la verdad, pueden recibir una aceptación generalizada. Dicho examen de validez habría de llevarse a cabo caso a caso valorando el procedimiento que ha sido utilizado para aprobar la amnistía, su alcance material y la existencia o no de mecanismos alternativos de establecimiento de responsabilidades. Así, en IBÍD., §§ 52, 54, se insinúa que si la amnistía concedida en 1996 hubiera quedado sometida a condición y previsto alguna alternativa para dar satisfacción a los derechos de las víctimas, la decisión respecto de su validez podía haber sido diferente.

<sup>122</sup> ICC, Prosecutor v. Saif al Islam Gaddafi, Judgment on the appeal, cit., § 96. Con mayor contundencia se pronuncia la jueza Ibañez Carranza en su voto particular, ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibañez Carranza, cit., §§ 25, 130, 132, afirmando que existe un derecho, unos principios y unas normas bien establecidas que confirman que las amnistías generales y las medidas equivalentes para las violaciones graves de los derechos humanos, como las causadas por la comisión de crímenes de competencia de la Corte, son incompatibles con el derecho internacional.

## 2. *La Corte y el proceso de paz entre Colombia y las FARC-EP*

La actuación de la CPI en el marco del proceso de paz entre el Estado de Colombia y las antiguas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (en adelante, FARC-EP) permite inferir con mayor claridad cuál es su postura en relación con la concesión de medidas premiales respecto de los delitos de su competencia. Y es que, desde 2004 a 2021 Colombia tuvo abierto un examen preliminar ante la CPI por los delitos cometidos por los distintos actores en el marco del conflicto armado. Las siguientes páginas se dedicarán a analizar los distintos documentos emitidos por Fiscalía de la CPI en relación con el proceso de paz. No obstante, conviene que, de manera previa, se expongan cuáles son las medidas premiales así como los mecanismos complementarios que las acompañan en el denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (en adelante, SIVJRNR).

### *A. El modelo adoptado en Colombia: renuncias a la pena, sanciones propias, alternativas y ordinarias*

Antes que nada, debe señalarse que la cuestión del castigo —y de la renuncia total o parcial al mismo— es solo una parte del SIVJRNR, el denominado componente de “Justicia” del que habrá de ocuparse la llamada Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP). Junto a la anterior, componen el SIVJRNR: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición<sup>123</sup>.

Poniendo el foco en el componente de justicia, dos serían los principales instrumentos normativos que harían parte de este: la Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones (en adelante, Ley 1820 de 2016), y la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, LEJEP).

A este respecto, el art. 20 de la LEJEP establece que para poder beneficiarse de cualquiera de las medidas recogidas en los instrumentos anteriores, los victimarios habrán de aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Además, en el caso de los miembros de las FARC-EP, la posibilidad de acceder a aquellas también queda supeditado a la dejación de armas y a la contribución activa al proceso de reincorporación a la vida civil.

Al margen del condicionamiento general al que ese someten todas las medidas, el SIVJRNR excluye expresamente a los delitos competencia de la CPI del beneficio

<sup>123</sup> Constitución Política de Colombia, Título Transitorio, Capítulo I, artículo transitorio 1.º, Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

del indulto o la amnistía<sup>124</sup>. Podría parecer que, entonces, no cabría una renuncia total a la pena de estos delitos en el marco del SIVJRN. Sin embargo, ello no es del todo correcto. Y es que, en atención a la interpretación dada por la Corte Constitucional de Colombia al artículo 19 de la LEJEP, en relación con aquellos victimarios que no fueran los máximos responsables podría renunciarse a hacer uso de la acción penal, ello incluso si se tratara de delitos no amnistiables<sup>125</sup>.

No obstante, incluso aquellos victimarios que no queden cubiertos por una eventual renuncia al ejercicio de la acción penal, pueden beneficiarse del sistema de sanciones propias y alternativas de la JEP, dotado de una menor afflictividad —en cuanto a duración y modalidad— que las sanciones penales ordinarias. Dicho sistema prevé distintas consecuencias en atención tanto al grado de participación en la comisión del delito, como al reconocimiento o no de responsabilidad y la contribución a la verdad.

El criterio primario sería el referido al reconocimiento o no de responsabilidad y la contribución al esclarecimiento de la verdad. En aquellos casos en los que sí exista, la duración y modalidad de la sanción final dependerá de dos factores: el grado de participación en los hechos y el momento procesal en el que el victimario lleva a cabo la conducta requerida. Así, si la participación en los hechos es considerada como determinante, el marco penológico será ir de los 5 años como mínimo a los 8 años como máximo, límite también aplicable a los supuestos de concursos de delitos<sup>126</sup>. De otro lado, si la participación es considerada como no determinante, la sanción podrá oscilar entre los 2 y los 5 años, incluyéndose, como en el caso anterior, los concursos de delitos<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Así, el art. 23 de la Ley 1820 de 2016, establece que “en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, 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, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma*”. La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-007/18, de 1 de marzo de 2018 (ponente: Fajardo Rivera) declaró condicionalmente exequible la expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, entendiendo que las conductas a las que se refiere esta prohibición, cometidas hasta el 25 de junio de 2005, no son amnistiables si el sujeto pasivo es una persona menor de 15 años de edad; a partir de ese momento, no lo serían las cometidas contra una persona menor de 18 años.

<sup>125</sup> En este sentido, el art. 19 LEJEP no representa tanto una medida premial, como un conjunto de criterios de selección dada la imposibilidad fáctica de enjuiciar a todos los perpetradores. En su redacción original, su parágrafo 2.º establecía que “en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016”. No obstante, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-080/18, de 15 de agosto de 2018 (ponente: Lizarazo Ocampo), resolvió que la renuncia habría de permanecer como una opción en el caso de los sujetos que no ostentaran el mayor grado de responsabilidad, siempre que cumplieran con los requisitos de prestar verdad y reparación a las víctimas. La justificación de la Corte Constitución estaba construida a partir de consideraciones utilitaristas. Así, la Corte adujo que la selección era inevitable para juzgar los hechos delictivos en un periodo de tiempo razonable. Ello estaría relacionado con el segundo de los argumentos empleado, la necesidad de que las víctimas puedan tener un acceso efectivo a la justicia, lo que puede peligrar por la dilación en el tiempo de los procesos dado el elevado número de presuntos responsables.

<sup>126</sup> Art. 126 LEJEP.

<sup>127</sup> Art. 129 LEJEP.

Si los criterios anteriores determinaban la duración de la sanción, la modalidad a aplicar dependerá del momento en el que se reconozca verdad y responsabilidad. Si este reconocimiento se efectúa en momentos tempranos del proceso, esto es, ante la Sala de Reconocimiento, se hará uso de las denominadas «sanciones propias de la JEP». Aunque algunas de estas sanciones suponen restricciones efectivas de libertades y derechos —por ejemplo, la libertad de residencia y movimiento— poseen una naturaleza principalmente restaurativa y de reparación del daño, de manera que en ningún caso cabe imponer la prisión o una medida equivalente<sup>128</sup>. Por el contrario, si el victimario desarrolla dichas actividades en un momento procesal posterior, esto es, ante la Sección de Enjuiciamiento, antes de la sentencia, se impondrán las denominadas sanciones alternativas, de naturaleza retributiva, las cuales sí incluyen la prisión u otras medidas de análogo aseguramiento<sup>129</sup>.

Por último, en los supuestos en los que los victimarios decidan someterse a la competencia de la JEP, pero no exista un total reconocimiento de responsabilidad o la verdad que se aporte no sea plena y exhaustiva, serán de aplicación las llamadas sanciones ordinarias, donde sí se incluye la cárcel o medidas análogas, con una duración mínima de 15 años y máxima de 20, incluidos los concursos de delitos<sup>130</sup>.

### B. *La postura de la Fiscalía de la CPI*

En tanto proceso negociado una vez en vigor el ER, la Fiscalía de la CPI tuvo la oportunidad de manifestar en varias ocasiones su opinión en relación con el compo-

<sup>128</sup> Art. 127 LEJEP. En relación con el tipo de sanciones que cabría imponer, el art. 141 LEJEP, distingue las siguientes: A.- En zonas rurales. 1) Participación/Ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados. 2) Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva. 3) Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de Infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc. 4) Participación/Ejecución de programas de Desarrollo rural. 5) Participación/Ejecución de programas de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello. 6) Participación/Ejecución de programas de mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas. 7) Participación/Ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso lícito. 8) Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito. 9) Participación/Ejecución de programas de Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito. 10) Participación y/o ejecución de programas de alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares.

B. En zonas urbanas. 1) Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, 2) Participación/Ejecución de programas de Desarrollo urbano. 3) Participación/Ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento. 4) Participación y/o ejecución de programas de capacitación en diferentes temas escolares alfabetización y C. Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonales de las áreas del territorio nacional que hubiese sido afectadas por estos artefactos. 1) Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de resto explosivos de guerra y municiones sin explotar. 2) Participación/Ejecución de programas de limpieza y erradicación de mina antipersonal y artefactos explosivos improvisados.

<sup>129</sup> Art. 128 LEJEP.

<sup>130</sup> Art. 130 LEJEP.

nente de “justicia” del SIVJRNR. Lo primero que debe señalarse es que, en sus diversos pronunciamientos, la cuestión de la renuncia total o parcial a la pena ordinaria es abordada desde la perspectiva del art. 17 ER. Como ya se adelantó, la postura de la Fiscalía va más allá de la adopción de una exégesis subjetiva u objetiva respecto del carácter genuino de las investigaciones y/o procedimientos desarrollados contra los perpetradores.

Así, ya en 2013, cuando aún no se había suscrito el Acuerdo de paz entre las FARC-EP y Colombia, la entonces Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, dirigió una misiva al presidente de la Corte Constitucional de Colombia en la que daba su opinión respecto del Acto legislativo 01 de 2012 aprobado por el Congreso de Colombia, por el que se creaba el “Marco Jurídico para la Paz”. En dicho Marco Jurídico, inicialmente se preveía la posibilidad de que los perpetradores de crímenes de guerra y lesa humanidad pudieran beneficiarse de una suspensión completa de sus penas<sup>131</sup>. La Fiscalía fue muy crítica con ello, entendiendo que “la decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los arts. 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los arts. 17(2)(c) y 20(3)(b)”<sup>132</sup>. También el que fuera en su momento adjunto a la Fiscalía, James Stewart, manifestó que “suspender la ejecución de la pena implicaría sustraer a las personas de que se tratase de su responsabilidad penal”<sup>133</sup>.

En este punto, la Fiscalía no solo alertó de que la ausencia total de castigo o de su ejecución permitiría activar la competencia de la CPI, sino que extendió esta valoración a aquellos casos en los que existieran “penas groseramente inadecuadas”<sup>134</sup>. En principio, la idea de “inadecuación” hacía referencia a aquellos supuestos en los que la pena no fuera proporcional a la gravedad del delito y a la responsabilidad del autor<sup>135</sup>. Sin embargo, ello no debe interpretarse como que toda pena que se aparte de la ordinaria en extensión o modalidad sea inadecuada y, en consecuencia, torne el asunto en admisible el asunto ante la CPI.

<sup>131</sup> En cualquier caso, cabe destacar que el Acto legislativo 01 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, fue objeto de revisión constitucional en Sentencia C-579-13 de 28 de agosto de 2013 (ponente: Pretelt Chaljub). En esta, la Corte Constitucional declaró que el mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, no podría operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

<sup>132</sup> *Carta, de 26 de julio de 2013, de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz*, disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cpi-col7.html>>. Esta valoración también fue compartida por STEWART, 2015, p. 11; también STEWART, 2018b, p. 15.

<sup>133</sup> STEWART, 2015, p. 12.

<sup>134</sup> *Carta, de 26 de julio de 2013, de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz*.

<sup>135</sup> STEWART, 2015, p. 11.

Así, la Fiscalía admitió que, en atención a las circunstancias del caso, las sanciones penales que efectivamente se impongan pueden adoptar formas distintas y una menor extensión temporal a la ordinaria<sup>136</sup>. Concretamente, el que penas reducidas y/o alternativas sean compatibles con el ER dependería tanto de su capacidad de satisfacer los distintos fines asociados a la pena<sup>137</sup>, como de su condicionamiento a que el victimario cumpla con determinadas condiciones como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad o el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido<sup>138</sup>. En este sentido, los distintos mecanismos complementarios que hacen parte del sistema transicional, habrían de ser tenidos en cuenta en el análisis<sup>139</sup>.

Del mismo modo, también merecen ser destacados los siguientes aspectos. En primer lugar, la Fiscalía de la CPI manifestó que la evaluación a realizar en materia de admisibilidad queda limitada a los casos en los que estén implicados los máximos responsables y por los crímenes más graves<sup>140</sup>, evitando así pronunciarse sobre el hecho de que algunos de los autores —aquellos con un menor grado de responsabilidad— de los delitos de su competencia pudieran llegar a beneficiarse de una renuncia a la acción penal. En segundo lugar, reiteró su postura referida a que, en el marco del art. 53 ER, únicamente habrían de valorarse los intereses de las víctimas y la gravedad de los crímenes, por la que quedarían excluidas consideraciones relativas a la paz y la seguridad que serían responsabilidad del Consejo o de los propios Estados.

Ya en 2021, la Fiscalía de la CPI «validó» el modelo transicional colombiano. Lo hizo mediante la firma de un Acuerdo de Cooperación con el Gobierno de Colombia, por el que, en virtud del principio de complementariedad, se cerró el examen preliminar por graves violaciones de derechos humanos y crímenes de guerra hasta entonces existente<sup>141</sup>. Si bien la decisión de poner fin al examen preliminar fue impugnada por colectivos en defensa de los derechos humanos, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI rechazó dicha petición, exhortando a la Fiscalía, eso sí, a brindar información adicional sobre los motivos que le llevaron a ello, por considerar que hasta dicho momento era insuficiente<sup>142</sup>.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 11; STEWART, 2018b, p. 15.

<sup>138</sup> *Carta, de 26 de julio de 2013, de la Fiscalía de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz*. En la misma dirección, STEWART, 2015, pp. 11-12.

<sup>139</sup> STEWART, 2018b, p. 5.

<sup>140</sup> STEWART, 2015, p. 16.

<sup>141</sup> Véase, Acuerdo de cooperación entre la oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia, pp. 1-5. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20211028-OTP-COL-Cooperation-Agreement-SPA.pdf>>.

<sup>142</sup> ICC, Decision on the ‘Request for review of the Prosecutor’s decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia’ and related requests, Pre-Trial Chamber I, ICC-RoC46(3)-01/22, 22 July 2022, § 11.

## V. Consideraciones críticas

De lo hasta aquí desarrollado puede colegirse que, para la Fiscalía, la admisibilidad de las medidas premiales concedidas en el marco de procesos de justicia transicional ha de ser examinada desde la perspectiva del art. 17 ER, esto es, desde el principio de complementariedad. La clave residiría en el carácter genuino de las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por el Estado. A este respecto, la Fiscalía parece entender que solo poseerían un carácter genuino aquellos sistemas transicionales en los que la renuncia total a la pena no fuera una opción en el caso de los delitos más graves cometidos por los máximos responsables. En estos supuestos, en cambio sí sería aceptable una reducción en su extensión y/o de su contenido de aflicción, habiéndose de tener para ello en cuenta el concreto desarrollo o no por el perpetrador de conductas posdelictivas como el reconocimiento de la responsabilidad o la contribución a desarrollar un relato verídico de lo sucedido.

Por qué la Fiscalía entiende que el carácter genuino está presente en los supuestos anteriores, pero no cuando se conceden amnistías, indultos, suspensiones o renunciaciones a la totalidad de la pena, es algo que, lamentablemente, no queda claro. Hubiera sido deseable, y aquí hay que estar de acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares, que la Fiscalía justificara su decisión. Ante la ausencia, en el momento en el que se escriben estas líneas, de un análisis de este calado, voy a tratar de apuntar hacia el fundamento que, creo, esconde la postura de la Fiscalía.

Para ello, tiene sentido empezar preguntándose por qué sí se admite una renuncia a la extensión y/o naturaleza de la pena estatal ordinariamente prevista. Desde luego, no puede decirse que se trate de una postura disruptiva, sino que, más bien, es coherente con la letra de las normas que complementan al ER y la jurisprudencia de la CPI. Así, la regla 145.2.a) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, establece que, al tiempo de imponer una pena, la Corte podrá tener en cuenta «circunstancias atenuantes como las siguientes: “[...] ii) la conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte”. De igual manera, en la determinación de la pena de Bosco Ntaganda, Germain Katanga y Jean Pierre Bemba Gombo, las distintas salas de la CPI expresaron que los esfuerzos genuinos y concretos por lograr la paz y alcanzar la reconciliación pueden constituir una circunstancia atenuante<sup>143</sup>.

<sup>143</sup> Véase, respectivamente, ICC, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, Trial Chamber VI, ICC-01/04-02/06, 7 November 2019, § 218; ICC, Prosecutor v. Katanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07, 23 May 2014, § 91; ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08, 21 June 2016, § 72. Sirva esta jurisprudencia, dicho sea de paso, para volver a poner de manifiesto lo sorprendente de que la Fiscalía de la CPI considere la paz como un valor ajeno al ER. Asimismo, también otros tribunales penales internacionales han aceptado otorgar el valor de atenuante a los esfuerzos por la paz (ICTY, Prosecutor v. Babić, Judgement on Sentencing Appeal, Appeals Chamber, IT-03-72-A, 18 July 2005, §§ 56-62; SCSL, Prosecutor v. Sesai, Kallon and Gbao, Sentencing Judgement, Trial Chamber I, SCSL-04-15-T, 8 April 2009, § 29) o a conductas como la expresión de arrepentimiento o la asunción pública de responsabilidad (ICTR,

A este respecto, pese a que ni la Fiscalía, ni las distintas salas de la CPI entraron a valorar cual sería el fundamento que residiría tras dicha atenuación, creo que éste puede inferirse a través de una comparativa de su potencial encaje en las diversas categorías del delito. La primera opción es que esté cimentada en una menor antijuridicidad. Empero, si por antijuridicidad se entiende la presencia de un desvalor de resultado imputable a una conducta peligrosa *ex ante* e igualmente desvalorada<sup>144</sup>, no parece probable que una conducta muy posterior a la completa materialización del resultado, como sería el esfuerzo por la paz o la expresión de arrepentimiento, afecte a la valoración que el ordenamiento penal ha de realizar sobre el hecho en el momento en el que fue cometido.

De igual manera, tampoco resultaría factible entender que el fundamento de la atenuación resida en una menor culpabilidad del sujeto, concebida ésta como juicio de reproche. La determinación del sujeto por lograr la paz y la reconciliación o el reconocimiento público de responsabilidad ni modifican la capacidad de éste para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión —lo que constituiría la categoría de la imputabilidad<sup>145</sup>— ni, por supuesto, condiciona el nivel de exigibilidad de que éste desarrolle su comportamiento conforme a Derecho<sup>146</sup>.

Consecuentemente, la única posibilidad remanente es considerar que el fundamento de la atenuación se encuentra en la discutida y polémica categoría de la punibilidad, de naturaleza heterogénea y en la que usualmente se hace referencia a motivos vinculados a la necesidad de pena en un supuesto concreto<sup>147</sup>. El comportamiento posdelictual del victimario puede hacer que, desde la perspectiva de los distintos fines de la pena, no sea necesario imponer el castigo ordinario. Sin embargo, la Fiscalía parece estar descontando que, aunque no tiene por qué corresponderse en naturaleza y extensión con la pena ordinaria, algo —un mínimo— de aflicción de dolor sigue siendo necesario para cumplir con los distintos fines de la pena en relación con los crímenes más graves. Estas finalidades serían, en palabras de la Fiscalía, la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión<sup>148</sup>. Conviene delinear muy brevemente cual es la función que se asigna a la pena en la consecución de las finalidades mencionadas.

La primera de ellas, esto es, la condena pública de la conducta criminal, se corresponde con una visión expresiva del castigo, en el que este último expresaría ante la

Prosecutor v. Serushago, Sentence, Trial Chamber I, ICTR-98-39-S, 5 February 1999, §§ 38, 41-43; ICTY, Prosecutor v. Babić, Judgement on Sentencing Appeal, cit., § 42; SCSL, Prosecutor v. Sesai, Kallon and Gbao, Sentencing Judgement, cit., § 29).

<sup>144</sup> Sobre el concepto de antijuridicidad material, MIR PUIG, 2016, pp. 171 y ss.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 581.

<sup>146</sup> *Ibid.*, pp. 618-619, en estos casos la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal no tomaría como fundamento la anormalidad presente en el sujeto que lleva a cabo el hecho, sino la anormalidad de la situación en la que éste se encuentra, pues el individuo actúa como lo haría cualquier individuo promedio en dicha situación.

<sup>147</sup> Concibe así la punibilidad, MOLINA FERNÁNDEZ, 2023, p. 565.

<sup>148</sup> STEWART, 2015, p. 11; STEWART, 2018b, p. 15,

comunidad un juicio de desaprobación al autor por la conducta desarrollada<sup>149</sup>. En lo que a la segunda de las finalidades se refiere, la Fiscalía parece moverse en el ámbito de las teorías de la pena que ven en el castigo del autor una forma de neutralizar el daño inmaterial que sufren las víctimas del delito<sup>150</sup>. Desde esta perspectiva, la imposición y ejecución de una pena comunicaría a las víctimas la solidaridad del Estado y su reconocimiento como tales<sup>151</sup>. Por último, la disuasión se enmarcaría en las teorías de la prevención general negativa, donde la pena es vista como un instrumento llamado a evitar una posible reiteración en el futuro de la conducta delictiva por parte de los distintos individuos que, al margen del autor, componen la sociedad<sup>152</sup>. En este sentido, a la idea de disuasión subyace una visión del ser humano como *homo economicus*, es decir, de un individuo capaz de llevar a cabo una ponderación coste-beneficio eligiendo aquello que le reporte una mayor utilidad<sup>153</sup>. En esa ponderación, los costes de comisión del delito estarían vinculados a la severidad de la pena, el grado de certeza en la detección y enjuiciamiento del delito, y la celeridad en la imposición de la pena<sup>154</sup>.

Delineados los postulados principales, no voy a entrar aquí en el debate referido a si existe una finalidad que posea un carácter prevalente sobre el resto<sup>155</sup>. Me interesa, por el contrario, la cuestión relativa a en qué medida sería necesaria la efectiva aflicción de dolor a los perpetradores mediante la ejecución de la pena impuesta.

A este respecto, creo que puede admitirse que la aflicción de dolor al perpetrador, mediante la efectiva restricción de alguno de sus derechos, coadyuva a la consecución de las finalidades anteriormente mencionadas. En primer lugar, porque aquella también estaría investida de una dimensión expresiva<sup>156</sup>, en la medida en que actuaría como apoyo cognitivo de la expresión de reproche, apoyo que sería especialmente necesario en los supuestos más graves<sup>157</sup>. En segundo lugar, y a pesar de la ya clásica

<sup>149</sup> Por todos, FEINBERG, 1994, pp. 74 y ss.

<sup>150</sup> Como uno de los últimos referentes, vid., HÖRNLE, 2016.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 955; SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 20, 113.

<sup>152</sup> A este respecto, como indican PEÑARANDA RAMOS; BASSO, 2019, p. 172, desde la prevención general negativa, la pena puede ser entendida como desaliento al desarrollo de comportamientos delictivos, actuando como una consecuencia negativa o “coste” derivada de su comisión.

<sup>153</sup> Esta mención al *homo economicus* como sujeto prototípico de las teorías de la disuasión está presente en, FEIJOO SÁNCHEZ, 2014, pp. 84-85, 94-95; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 66.

<sup>154</sup> VON HIRSCH ET AL, 1999, p. 5.

<sup>155</sup> La jurisprudencia de la CPI tampoco resuelve esta cuestión, si bien en algunas ocasiones se ha señalado a la disuasión y a la retribución —entendida no tanto de manera kantiana, sino como expresión de desvalor— como los objetivos primarios a alcanzar por el castigo (así, entre otras, CPI, Prosecutor v. Ntaganda, Sentencing judgment, cit., § 9; CPI, Prosecutor v. Katanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, cit., §§ 37-38; CPI, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, cit., § 10; CPI, Prosecutor v. Al Mahdi, Judgment and Sentence, cit., § 66).

<sup>156</sup> FEINBERG, 1994, pp. 74-76. En relación con los delitos contra la comunidad internacional, DRUMBL, 2007, p. 174. Vid. también GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 148.

<sup>157</sup> A este respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, 2014, p. 287, defendiendo que en los supuestos más graves, la expresión de reproche o censura requiere de un apoyo cognitivo. En una dirección similar, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 114-115, defendiendo que “(si bien) la comunicación tiene lugar con la imposición de la pena como tal o incluso sin esta, mediante la declaración del injusto culpable responsablemente cometido», en supuestos

crítica referida a la ausencia de evidencias empíricas<sup>158</sup>, estimo que hay buenas razones para creer que la efectiva ejecución de la pena permite alcanzar un mayor efecto disuasorio que el que se obtendría de no llevarse aquella a cabo<sup>159</sup>. Así, puede aceptarse que, aun cuando probarlo empíricamente es prácticamente imposible, la comisión a futuro de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos sería menor si se generalizara su enjuiciamiento y castigo a nivel nacional o internacional<sup>160</sup>.

Delineado lo anterior, estimo que no debería haber problemas en admitir que dichos objetivos también podrían ser suficientemente alcanzados cuando, como sucede en el escenario transicional colombiano, las penas que se acaban ejecutando pueden llegar a ser —en función del comportamiento posdelictivo del victimario— más benignas en naturaleza y extensión que la ordinariamente prevista. Ello en la medida en que queden condicionadas al desarrollo de determinadas actuaciones que desempeñen un rol de equivalentes funcionales<sup>161</sup>.

Así, desde una perspectiva simbólico-comunicativa, también el enjuiciamiento y condena del victimario, incluso aunque más tarde no se llegue a ejecutar el castigo, permiten expresar el injusto de lo sucedido<sup>162</sup>. De hecho, para ello tampoco sería

específicamente graves “solo la facticidad de la pena estatal puede expresar que la concreta acción merece desaprobación y que resulta absolutamente reprochable en términos jurídicos”.

<sup>158</sup> Desde la perspectiva de los delitos contra la comunidad internacional, DRUMBL, 2007, p. 11.

<sup>159</sup> Así, ROBERTS; ASHWORTH, 2009, p. 46, señalan como en Melbourne en 1918, o en Dinamarca en 1944, la supresión o la importante disminución de la actividad policial o judicial redujo o aumentó sensiblemente la media de delitos cometidos. Del mismo modo, como indica RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 141-154, los resultados obtenidos en la teoría de juegos muestran como los niveles de cooperación son mayores en los ambientes en los que existe la posibilidad de castigar al *free rider*, y ello porque el castigo hace menos atractivo el no cooperar, disuadiendo de aquellos que potencialmente pudieran valorar adoptar un comportamiento inequitativo.

<sup>160</sup> Así, AMBOS; STEINER, 2003, p. 209, ilustrando esta idea con la siguiente frase: “el caso Pinochet, al menos, pareciera haber puesto fin al deseo de viajar de otros ex-dictadores latinoamericanos o de otras nacionalidades”. En una dirección similar, DRUMBL, 2007, pp. 169-173. Véase también la interesante valoración que realizan UPRIMNY YEPES; SAFFON SANÍN, 2006, pp. 130-131, defendiendo que uno de los problemas para afirmar dicho efecto disuasivo es que en relación con estos delitos la tendencia ha sido, precisamente, la de no castigarlos, como demostrarían las amnistías promulgadas en Latinoamérica a finales del siglo pasado o que los Tribunales de Núremberg, Ruanda y Yugoslavia hayan sido fenómenos esporádicos.

<sup>161</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 118 y ss., entiende por equivalentes funcionales aquellos fenómenos, medidas o instituciones que, “siendo en todo o parte distintos de la pena, dan lugar a efectos idénticos o análogos a los que produce ésta, en la medida en que su aparición, sin constituir obviamente una pena estatal, puede cumplir en todo o en parte las funciones de esta”. El autor estima que estos equivalentes funcionales habrían de subsumirse en la categoría de la punibilidad, pues afectan no tanto al injusto culpable como a la necesidad de pena. Si bien no emplean el término “equivalente funcional”, véase, GIL GIL; MACULAN, 2020, pp. 143-144, defendiendo que el sometimiento a mecanismos “restaurativos” puede redundar en una menor necesidad de pena.

<sup>162</sup> Así, NINO, 1991, p. 2630: “la formación de la conciencia social contras los abusos de los derechos humanos depende más de la exposición de las atrocidades y su clara condena que del número de personas realmente castigadas por ello”; DUFF, 2014, pp. 5, 7, 12: “aunque los juicios penales que resultan en condenas también suelen conducir a la imposición de un castigo, (el alcanzar) estos bienes no depende de esa imposición”; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 246, “dicho efecto se produciría más por el mero hecho de la incriminación de la conducta y el reproche que por la cuantía de la pena asociada al mismo”, en una dirección similar, GIL GIL; MACULAN, 2020, pp. 149-150.

necesario el enjuiciamiento de todos los perpetradores, ya que la ganancia expresiva seguiría una lógica matemática decreciente: será muy elevada en los juicios iniciales, pero decaerá en los subsiguientes<sup>163</sup>. A ello debe adicionarse, el hecho de que el sometimiento de los victimarios a alguno de los mecanismos complementarios de la justicia de transición también contribuiría, en cierta medida, a alcanzar dicha finalidad<sup>164</sup>.

Consideraciones similares pueden hacerse desde la óptica referida al reconocimiento del sufrimiento de las víctimas. Y es que, al margen de que incluso resulta muy discutible que el reconocimiento de la condición de víctima requiere de la imposición de un mal adicional sobre el autor<sup>165</sup>, la propia declaración de culpabilidad contenida en la sentencia ya supone un reconocimiento del injusto sufrido por la víctima<sup>166</sup>. Del mismo modo, el desarrollo de actos públicos de memorialización, la emisión de un informe oficial en el que se narre lo sucedido... son actividades que, en los escenarios transicionales, pueden dotar de una reparación simbólica a las víctimas.

Tampoco desde la perspectiva de la disuasión la imposición de penas más benévolas que las ordinariamente previstas debería impedir alcanzar dicha finalidad. A este respecto, los últimos estudios empíricos avalarían que sería la certeza en la imposición de la pena la variable que desplegaría un mayor efecto disuasivo<sup>167</sup>, por lo que, en consecuencia, existiría un margen razonable en cuanto a la naturaleza y extensión de la pena a ejecutar. Además, al igual que sucedía respecto de la vertiente expresiva, también existirían otros fenómenos que, desde la óptica de la disuasión, han de ser tenidos en cuenta. El propio procedimiento penal, aunque no acabe en una declaración de culpabilidad o lo haga sin que se llegue a ejecutar la pena, también estigmatiza<sup>168</sup>.

De la misma forma, algunas de las actuaciones que han de desarrollar los perpetradores y a las que se condicionan los beneficios también cuentan con un componente de sufrimiento o de privación de derechos. El reconocimiento de los hechos de

<sup>163</sup> MALAMUD-GOTI, 1990, p. 14.

<sup>164</sup> Así, GIL GIL; MACULAN, 2020, pp. 143, 150, reconocen un efecto expresivo a actuaciones como la petición de perdón; véase también, AUKERMAN, 2022, p. 88, referido a las actuaciones desarrolladas por los perpetradores ante una comisión de la verdad.

<sup>165</sup> Así, HÖRNLE, 2016, p. 956, entendiéndolo que sería el único modo de transmitir creíblemente a la víctima la simpatía y la solidaridad de la sociedad. Sin embargo, hay que estar de acuerdo con GIL GIL, 2016, p. 21, en que cuando se quiere manifestar solidaridad hacia alguien, resultaría más lógico dictar que las acciones estuvieran dirigidas a la persona afectada.

<sup>166</sup> GIL GIL, 2016, p. 20, “muchos de los efectos deseables que los partidarios de estas teorías atribuyen al castigo son alcanzables por otros medios que no supongan la imposición de un mal”. Vid. también, SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 171, defendiendo que exigir un sufrimiento efectivo del victimario adicional a la vertiente declarativa del proceso penal sería como “venganza institucionalizada bajo un manto de racionalidad”; en la misma dirección, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 279.

<sup>167</sup> VON HIRSCH ET AL, 1999, p. 5. Además, como indican los anteriores autores, son elementos de naturaleza subjetiva, dependientes de la percepción de los potenciales autores.

<sup>168</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 148-150.

manera pública ante una comisión de la verdad expone al autor ante la sociedad, generando potencialmente un estigma y una sensación de vergüenza, lo que desarrollaría efectos preventivos<sup>169</sup>. Por otro lado, en ocasiones se prevé que los perpetradores no puedan acceder en el futuro a determinados cargos públicos, lo que —además de sufrimiento— también puede suponer un estigma<sup>170</sup>.

Asimismo, no puede desconocerse que, en la comisión de delitos de manera generalizada y sistemática, los déficits estructurales de la sociedad suelen desempeñar un papel determinante<sup>171</sup>. En la medida en la que el rol del *ius puniendi* no es abordar los motivos de la criminalidad, el reducir a largo plazo la probabilidad de comisión no dependería no tanto de la cantidad de castigo infligido como de la existencia de medidas de reforma institucional dirigidas a corregir los déficits mencionados<sup>172</sup>.

En consecuencia, que la aflicción de algo dolor contribuye a maximizar los efectos expresivos y disuasivos del castigo es algo que considero no debería haber problema en reconocer. Más dudas me genera, sin embargo, el que el ER no pueda llegar a permitir la renuncia a la totalidad de la pena de los máximos responsables cuando fuera la única manera de alcanzar un estadio de paz negativa en el que poder dar satisfacción a otros fines como los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación u a metas de carácter colectivo como la reconciliación.

Desde luego no quiero decir con esto que los enjuiciamientos o las actividades complementarias desarrolladas por los perpetradores alcancen en estos contextos una equivalencia completa a la pena en sus distintos fines. De hecho, puede asumirse que, por sí mismos, adolecerían de un déficit de intensidad expresiva y aflictiva<sup>173</sup>. Por ello, quizás tendría más sentido llevar a cabo este análisis no tanto desde la perspectiva del art. 17 ER, como desde la óptica del art. 53 ER, esto es, el interés de la justicia.

En este punto, intuyo que, en principio, la Fiscalía no estaría dispuesta a respaldar, con base en este último precepto, un modelo en el que, por ejemplo, se concedieran condicionadamente amnistías o indultos a los mayores responsables. Sin embargo,

<sup>169</sup> Reconoce este efecto estigmatizador a las comisiones de la verdad, ZALAQUETT, 1995, p. 12, quien considera que de ello se deriva un efecto preventivo; con mayores dudas, WERLE; VORMBAUM, 2018, p. 96.

<sup>170</sup> WERLE; VORMBAUM, 2018, p. 124. Añaden a lo anterior un efecto preventivo, ZALAQUETT, 1995, p. 12; AUKERMAN, 2002, pp. 57, 66; STIGEN, 2008, p. 447; SEIBERT-FOHR, 2019, p. 9.

<sup>171</sup> NINO, 2015, pp. 233-234; DRUMBL, 2007, p. 153. Vid. también, PASTOR, 2006, pp. 89-99, quien señala a la situación de pobreza y de desigualdad como las principales influencias, puesto que la experiencia demostraría cómo han sido los países menos desarrollados aquellos los que más han sufrido los delitos competencia de la CPI.

<sup>172</sup> REYES ALVARADO, 2017, pp. 203-204; en la misma dirección, AMBOS; STEINER, 2003, p. 205, esbozando que ante este tipo de delincuencia solo una reforma institucional podría resultar de utilidad; PASTOR, 2006, p. 129, enfatizando que el modo de evitación más eficiente de este tipo de delitos pasaría por la realización de una inversión dirigida a mejorar la estructura económico-política del Estado en cuestión en el que acontezcan; GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 147, defendiendo que la sistematicidad de estos crímenes requiere una respuesta que combine las sanciones dirigidas a los individuos con medidas estructurales más amplias.

<sup>173</sup> Aun cuando referido a contextos de normalidad social, *vid.*, SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 124.

el razonamiento que ofrece para ello es bastante endeble. Desde luego, lo es la afirmación referida a que la paz no sería un valor cuya consecución esté atribuida a la CPI, lo que en última instancia lleva a su concepción como un valor político y no jurídico<sup>174</sup>.

No solo no existe ni un solo precepto en todo el ER que excluya la paz y la seguridad de los objetivos o la competencia de la CPI, sino que aquello que sí puede encontrarse es lo contrario: preceptos ya analizados como el art. 16 ER o el propio preámbulo en los que se hace mención expresa a la paz y seguridad internacional como objetivos de la CPI. El hecho de que la paz y la seguridad posean una fuerte vinculación con la politología no implica que sean ajenos al ámbito de lo jurídico. Mas aun si se define la paz en sentido negativo, existiendo una evidente relación con la idea de prevención también presente en el ER.

Por otro lado, tampoco puede decirse que la interpretación que hasta ahora ha mantenido conduzca, necesariamente, a una prohibición de la renuncia total a la pena bajo el art. 53 ER. Y ello en la medida en la que acepta que los intereses de las víctimas hacen parte de este “interés de la justicia”. Si esto se da por bueno, el siguiente paso habría de ser el de aceptar que maximizar los intereses de la justicia penal puede poner en peligro algunos de los derechos o intereses que aquellas ostentan en el marco de las graves violaciones de los derechos humanos. Y es que poca verdad o puede reparación puede esperarse en un contexto de hostilidades abiertas.

Así, en la medida en la que a lo que se renuncie sea a la ejecución de la pena —manteniéndose el enjuiciamiento y la declaración de culpabilidad— y esta se realice de manera individualizada y condicionada a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la sociedad, los fines del castigo no quedarían completamente insatisfechos, sino flexibilizados en «interés» de otros objetivos y valores a alcanzar en un marco excepcional como el de la justicia transicional. Así, la Fiscalía de la CPI podría no iniciar —o suspender la continuación— de una investigación o enjuiciamiento si su inicio o continuación pudiera poner en riesgo el sistema transicional construido por el Estado, y en el que se de satisfacción a los distintos intereses en juego.

Podría argüirse, desde luego, que un modelo como el anteriormente descrito no redundaría en interés de la justicia porque la ausencia de castigo haría demasiado endeble a la “paz” creada, mermando así el derecho a la no repetición. A esta observación, podrían contraponerse varios argumentos: en primer lugar, que al condicionar la concesión de las medidas a la actuación individual de los victimarios sí que existirá aquel para quienes no satisfagan las condiciones exigidas. En segundo lugar, y al margen de lo ya señalado respecto de lo importante de actuar sobre las causas del conflicto, no debe desconocerse el rol que los aparatos organizados de poder juegan en la comisión de este tipo de delitos, de modo que una vez desarticulados estos

<sup>174</sup> Así, ACOSTA ARCARAZO; BUCHAN; URUEÑA, 2015, pp. 309 y ss.

últimos, se reduciría el riesgo de continuidad o inicio en el desarrollo del comportamiento delictivo<sup>175</sup>.

Y es que, que el castigo sea un elemento imperativo e irrenunciable para la pacificación social es algo que, creo, no puede afirmarse con rotundidad. Sí que puede estarse de acuerdo en que aquellas sociedades que castigan las violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos serían más estables que aquellas que no lo hacen<sup>176</sup>. Empero, derivar de lo anterior que aquel sea imprescindible para mantener de la violencia dentro de unos límites, supone sobresimplificar las diferentes sociedades en las que la pena opera. En cierto modo, se extendería una visión occidental del castigo a países con una idiosincrasia totalmente opuesta, sin que pueda descartarse que, en ellos, el mismo fin podría alcanzarse por mecanismos alternativos<sup>177</sup>.

Asimismo, incluso en países que pueden ser considerados como representativos de los valores de la cultura occidental (por ejemplo, España), la experiencia histórica demuestra que, si se dan las circunstancias apropiadas, el castigo puede no ser necesario a efectos de alcanzar un estadio de paz negativa. Y, sin embargo, lo que parece que no soportaría una sociedad a largo plazo, convirtiendo a las transiciones en estructuralmente más débiles, es la no satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto. A diferencia de lo que sucedería con el sentimiento retributivo, el paso del tiempo no mitigaría las demandas de verdad y reparación. Ello se puede observar en la adopción de medidas —leyes dirigidas a la memoria histórica, reparaciones a las víctimas— sucedidas años más tarde de los hechos, en países como España<sup>178</sup>, Uruguay<sup>179</sup> o Chile<sup>180</sup>.

<sup>175</sup> GIL GIL; MACULAN, 2020, p. 146.

<sup>176</sup> ZAIBERT, 2018, p. 80.

<sup>177</sup> Así, AUKERMAN, 2002, pp. 92, 94; DRUMBL, 2007, pp. 23, 183, considera que aquello en mayor medida universal es la «condenabilidad del daño sustantivo subyacente», sin embargo, el que a dicho daño le deba seguir una reacción consistente en la imposición de una pena de prisión parece una premisa basada en valores occidentales que no tienen por qué ser compartidos por países en los que la reacción al delito se articula principalmente a través de medidas de reparación o restitución; en sentido casi idéntico, PASTOR, 2006, p. 118.

<sup>178</sup> 30 años después de la promulgación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, fue aprobada la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Asimismo, más recientemente se ha aprobado la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática que ahonda en los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición.

<sup>179</sup> En el caso de Uruguay, tras doce años de dictadura cívico-militar, se aprobó, el 22 de diciembre de 1986, la llamada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Aprobada por Referéndum Popular. No sería hasta el año 2000 cuando se creó la Comisión para la paz, por resolución de la Presidencia de la República Núm. 858/000 del 9 de agosto de 2000. Con todo ello, no será hasta 2011 (bajo el Gobierno de Mujica) cuando se dé cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobándose la Ley 18.831 de restablecimiento de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985. Por último, se creó Ley Núm. 18.596 del 18 de septiembre de 2009 “Reparación a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985”.

<sup>180</sup> Bajo la dictadura del General Pinochet, el 18 de abril de 1978 se promulgó la Ley de Amnistía a través del Decreto Ley 2191 respecto de las personas que hayan incurrido en hechos delictivos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978

## VI. Conclusiones

25 años después de su nacimiento la cuestión referida a la admisibilidad de las amnistías, indultos u otras medidas premiales bajo el ER continúa sin estar completamente resuelta. Y ello pese a su enorme relevancia práctica en el marco de la denominada “justicia transicional”, donde un nutrido grupo de autores se muestra favorable a admitir una renuncia a la pena ordinariamente establecida cuando fuera necesaria para poner fin a un conflicto armado o para facilitar el tránsito de la dictadura a la democracia. La satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición también habría de quedar garantizada a través de medidas complementarias que formen parte del sistema transicional en cuestión.

Los preceptos del ER que potencialmente podrían avalar la concesión de algunas de las medidas premiales anteriores sí han sido identificados por la doctrina. En primer lugar, el art. 16 ER permite aplazar el inicio o suspender la continuación de una investigación allí donde exista una amenaza a la paz y seguridad internacional. En segundo lugar, el art. 17 ER fija la competencia de la CPI como complementaria respecto de las jurisdicciones nacionales, lo que impediría su intervención allí donde ya existe una actuación a nivel nacional. Por último, el art. 53 ER habilita al Fiscal a no iniciar una investigación cuando considere que existen razones sustanciales para creer que no redundará en «interés de la justicia».

Más allá de que la discusión doctrinal teórica tampoco es pacífica, no existe jurisprudencia de las distintas salas de la CPI en las que se aborde expresamente esta problemática. No obstante, parece que, en el contexto del proceso de paz colombiano, la Fiscalía de la CPI ha comenzado a perfilar una determinada postura en relación con los límites a los que estarían sometidos las medidas premiales en el marco de las tensiones propias de los procesos transicionales.

Se trata de una postura mesurada, casi aristotélica, en la que la virtud se encuentra en el punto medio. Para ello, la Fiscalía toma como punto de partida de su análisis el principio de complementariedad (art. 17 ER). El núcleo de la cuestión se situaría en el carácter genuino o no de las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por el Estado. En su opinión, dicho carácter estaría solo presente si los máximos responsables de los delitos no pudieran beneficiarse de una renuncia total a la pena. Sí sería aceptable, en cambio, una reducción en su extensión y/o modalidad contenido siempre que el victimario desarrolle determinadas conductas posdelictivas que contribuyan a satisfacer los derechos de las víctimas y la sociedad. En conclusión, bajo el prisma del principio de complementariedad, ni se exigiría siempre la imposición del

(vinculado al periodo del golpe de Estado contra Allende). Una vez derrocado el General Pinochet, se creó en 1990 la Comisión Nacional de Verdad y Reparación con el fin de esclarecer los hechos acontecidos durante la dictadura. Por otro lado, en 1992 se llevan a cabo una serie de medidas a favor de las víctimas a través de la aprobación de la Ley Núm. 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, estableció pensiones de reparación y otorgó otros beneficios en favor de las personas que señala.

castigo ordinariamente previsto, ni inhibiría la competencia de la CPI una renuncia total a aquel respecto de los máximos responsables.

Los motivos que llevan a la Fiscalía a entender que el carácter genuino no estaría presente allí donde se renuncia, aun condicionadamente, a la totalidad de la pena, no aparecen explicitados. Del análisis de sus pronunciamientos al hilo del proceso transicional colombiano, la Fiscalía implícitamente parece descontar que un mínimo de aflicción de dolor —esto es, la ejecución de un mínimo de pena, aun cuando se corresponda en naturaleza y extensión con la ordinariamente prevista— sería necesaria para dar satisfacción a los fines de condena pública de la conducta criminal, reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y disuasión de futuras conductas delictivas.

Creo que se puede estar de acuerdo en que la aflicción de algo de dolor contribuye a maximizar los efectos expresivos y disuasivos del castigo. También en que dichos fines podrían ser suficientemente alcanzados cuando, en atención al desarrollo por los victimarios de determinadas actuaciones que desempeñen un rol de equivalentes funcionales, las penas que se acaban ejecutando sean más benignas en naturaleza y extensión que la ordinariamente prevista.

Mayores dudas genera, sin embargo, el afirmar que el ER no pueda llegar, en ningún caso, a permitir una renuncia a la totalidad de la pena respecto de los máximos responsables. Una interpretación como la anterior llevaría, por ejemplo, a rechazar un modelo como el adoptado en Sudáfrica a principios de la década de los 90, donde se concedieron amnistías condicionadas a los perpetradores de delitos de lesa humanidad. Modelo que, por cierto, permitió superar el apartheid y alcanzar una cierta estabilidad social en el país africano.

El interés de la justicia, mencionado en el art. 53 ER, podría abrir una puerta a la validez de este tipo de modelos cuando no quede otra manera de alcanzar un estadio de paz negativa en el que poder dar satisfacción a otros fines como los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación u a metas de carácter colectivo como la reconciliación. Para ello, la Fiscalía tendría que corregir el modo en que interpreta este precepto, abandonando determinadas exégesis que difícilmente encuentran un mínimo soporte, como el entender la paz como un valor ajeno al Derecho penal o a los intereses de las víctimas.

La renuncia condicionada a la totalidad de la pena aparecería aquí como un recurso de emergencia, una válvula de escape dentro del estado de necesidad que asolaría al Estado<sup>181</sup>. La CPI no puede ser ajena a estas consideraciones, salvo que quiera asumir el riesgo de que la “justicia” para las víctimas del pasado haga de los vivos de hoy los muertos del mañana.

<sup>181</sup> Consideran que este argumento debería llevar a aceptar las amnistías incluso incondicionales si de lo contrario se produjera la autodestrucción del Estado, FREEMAN, 2009, p. 181; MALARINO, 2013, p. 218.

## Bibliografía

- ACOSTA ARCARAZO, D.; BUCHAN, R.; URUEÑA, R. (2015), “Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the Interests of Justice, and the Limits of International Criminal Law”, *Criminal Law Forum*, Vol. 26, n. 2, pp. 291-318.
- AMBOS, K.; STEINER, C. (2003), “Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 12, pp. 191-211.
- AMBOS, K. (2008), *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*, Bogotá.
- AUKERMAN, M. (2002), “Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, pp. 39-97.
- CÁMARA ARROYO, S. (2020), *La Justicia Transicional y Derecho penal internacional: Alianzas y Desencuentros*, Barcelona.
- CARRACEDO CARRASCO, E. (2018), *Pena e indulto: una aproximación holística*, Pamplona.
- CARTER, L.; ELLIS, M.; JALLOH, C. (2016), *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, Massachusetts.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2019), “El Derecho penal internacional en contextos transicionales”, en Gil Gil; Maculan (dirs.): *Derecho penal internacional*, 2ª ed., Madrid, pp. 523-547.
- DORADO PORRAS, J. (2015), «Justicia Transicional», *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 8, pp. 192-204.
- DRUMBL, M. (2007), *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge.
- DUFF, A. (2014), “Process, not Punishment: The Importance of Criminal Trials for Transitional and Transnational Justice”, *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 14-03, pp. 1-21.
- ĐUKIĆ, D. (2007), “Transitional justice and the International Criminal Court – in ‘the interests of justice’?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, n. 867, pp. 691-718.
- EL ZEIDY, M. (2008), *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Leiden.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2014), *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Buenos Aires.
- FEINBERG, J. (1994), “The Expressive function of punishment”, en Duff; Garland (eds.): *A reader on Punishment*, Oxford, pp. 73-91.
- FREEMAN, M. (2009), *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge.
- GALTUNG, J. (1967), *Theories of Peace. A Synthetic Approach to Peace Thinking*, Oslo.
- GAVRON, J. (2002), “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, n. 1, pp. 91-117.
- GIL GIL, A. (2016), “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, pp. 1-40.
- GIL GIL, A. (2017), “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”, en Gil Gil; Maculan; De Sousa Ferreira (coords.): *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, pp. 21-52.
- GIL GIL, A.; MACULAN, E. (2018), “La Justicia penal en los escenarios posconflicto”, *Revista UNISCI*, n. 51, pp. 227-252.
- GIL GIL, A.; MACULAN, E. (2020), “The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, n. 1, pp. 132–157.
- GROPENGIEBER, H.; MEIBNER, J. (2005), “Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 5, n. 2, pp. 267-300.

- HÖRNLE, T. (2016), «Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, Vol. 19, pp. 950-958.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2005), *The Meaning of "the Interests of Justice" in Article 53 of the Rome Statute*. Disponible en: <<https://www.hrw.org/news/2005/06/01/meaning-interests-justice-article-53-rome-statute>>.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (2020), “¿Qué es la justicia transicional?”. Disponible en: <<https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>>
- KELLER, L. (2008), “Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, n. 2, pp. 209-279.
- LEEBAW, B. A. (2008), “The Irreconcilable Goals of Transitional Justice”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, n. 1, pp. 95-118.
- MACULAN, E. (2019), “La corte penal internacional”, en Gil Gil; Maculan (dirs.): *Derecho penal internacional*, 2ª ed., Madrid, pp. 83-113.
- MALAMUD-GOTI, J. (1990), “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, n. 1, pp. 1-16.
- MALARINO, E. (2013), “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 9, pp. 205-222.
- MALLINDER, L. (2007), “Can Amnesties and International Justice be Reconciled?”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, n. 2, pp. 208–230.
- MALLINDER, L. (2008), *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2010), *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Santiago.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2019), “El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela”, en id., (coord.): *El indulto. Pasado, presente y futuro*, Buenos Aires, pp. 251-332.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2023), “Circunstancias que condicionan la punibilidad”, en id. (coord.): *Memento penal*, Madrid, pp. 565-576.
- NINO, C. (1991), “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n. 8, pp. 2619-2640.
- NINO, C. (2015), *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en caso de violaciones masivas de los derechos humanos?*, Buenos Aires.
- OFFICE OF THE PROSECUTOR (2003), *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*.
- OFFICE OF THE PROSECUTOR (2007), *Policy Paper on the Interest of Justice*.
- OFFICE OF THE PROSECUTOR (2013), *Policy Paper on Preliminary Examinations*.
- OFFICE OF THE PROSECUTOR (2016), *Policy paper on case selection and prioritization*.
- OLÁSULO ALONSO, H. (2003), “The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or a political body?”, *International Criminal Law Review*, Vol. 3, n. 2, pp. 87-150.
- OLÁSULO ALONSO, H. (2012), “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n. 24, 2012, pp. 3-45.
- PASTOR, D. (2006), *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona.

- PEÑARANDA RAMOS, E.; BASSO, G. (2019), “La pena: nociones generales”, en Lascuraín Sánchez (ed.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, pp. 161-190.
- REYES ALVARADO, Y. (2017), “Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional”, en Gil Gil; Maculan (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, pp. 187-205.
- REYES ALVARADO, Y. (2018a), “¿Es injusta la Justicia Transicional? A manera de estudio preliminar”, en id. (Ed.): *¿Es injusta la Justicia Transicional?*, Bogotá, pp. 13-33.
- REYES ALVARADO, Y. (2018b), “La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso colombiano. A manera de estudio preliminar”, en id. (Ed.), *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?*, Bogotá, pp. 13-25.
- ROBINSON, D. (2003), “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, n. 3, pp. 481-505.
- ROBERTS, J.; ASHWORTH, A. (2009), “Deterrence”, en Von Hirsch et al eds.), *Principled sentencing. Readings on theory and policy*, 3ª ed., Londres, pp. 39-48.
- RODMAN, K. (2009), “Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, n. 1, pp. 99-126.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid.
- SCHABAS, W. (2017), *An Introduction to the International Criminal Court*, 5ª ed., Cambridge.
- SCHARF, M. (1999), “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, n. 3, pp. 507-527.
- SEIBERT-FOHR, A. (2003), “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, pp. 553-590.
- SEIBERT-FOHR, A. (2019), “Transitional Justice in Post-Conflict Situations”, *Max Planck Encyclopedia of International Criminal Law*, pp. 1-13.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008), “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor', *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 29, pp. 149-171.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona.
- STAHN, C. (2005a), “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, n. 3, pp. 695-720.
- STEWART, J. (2015), “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, *Conferencia dictada en la Universidad del Rosario*. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>>.
- STEWART, J. (2018a), “El art. 28 del Estatuto de Roma”, *Conferencia dictada en la Cámara de Comercio de Bogotá*. Disponible en <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20181102-dp-bogota.pdf>>.
- STEWART, J. (2018b), “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín*, Disponible en <<https://www.refworld.org/es/pdfid/5b4e15b74.pdf>>.
- STIGEN, J. (2008), *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden.
- TEITEL, R. (2002), *Transitional Justice*, Oxford.

- STAHN, C. (2005b), "The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design", *Leiden Journal of International Law*, Volume 18, n. 3, pp. 425-466.
- UPRIMNY YEPES, R. (2006), "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en id. et al: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, pp. 17-44.
- UPRIMNY YEPES, R.; SAFFON SANÍN, M. P. (2006), "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en id. et al: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, pp. 109-138.
- VON HIRSCH, A., ET AL (1999), *Criminal Deterrence and Sentence Severity. An Analysis of Recent Research*, Cambridge.
- WERLE, G.; VORMBAUM, M. (2018), *Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin.
- WERLE, G.; VORMBAUM, M. (2019), „Mauerfall und Transitional Justice. Wege der juristischen Aufarbeitung von Diktaturen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 3282-3286.
- ZAIIBERT, L. (2018), *Rethinking Punishment*, Cambridge.
- ZALAUQUETT, J. (1995), "Confronting Human Rights Violations committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", en Kritz (ed.): *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes. Vol. I. General Considerations*, Washington D.C., pp. 3-31.