

La amnistía: un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. El caso de España

Amnesty: an obstacle to the exercise of universal jurisdiction over international crimes. The case of Spain

Irene Vázquez Serrano
Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia

RESUMEN.

El ejercicio de la jurisdicción universal no está regulado por el Derecho internacional sino que son los propios Estados los que establecen las disposiciones que entienden más adecuadas para su ejercicio frente a los crímenes internacionales. Entre las diversas condiciones establecidas por el poder legislativo estatal se encuentran las amnistías, que si bien están prohibidas en el Derecho internacional, en el ámbito estatal se convierten en auténticos obstáculos al ejercicio del principio universal que nada tienen que ver con su finalidad última.

PALABRAS CLAVE.

Amnistía, jurisdicción universal, crímenes internacionales, impunidad

ABSTRACT.

The exercise of universal jurisdiction is not regulated by international law, but rather it is the States themselves that establish the provisions they deem most appropriate for their exercise in the face of international crimes. Among the various conditions established by the state legislative branch are the amnesties, which are prohibited in international law, but at the state level they become real obstacles to the exercise of the universal principle that have nothing to do with the ultimate purpose of the universal jurisdiction.

KEY WORDS.

Amnesty, universal jurisdiction, international crimes, impunity

1. Introducción

El ejercicio estatal de la jurisdicción universal, previsto tanto en normas consuetudinarias como en algunos tratados internacionales, debe entenderse como el derecho a la justicia que tienen las víctimas de los crímenes internacionales. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), que celebró en 2018 su 70 aniversario, recoge indirectamente ese derecho en su artículo 8¹, que pretende asegurar a las víctimas que los hechos serán investigados y, en su caso, procesados y condenados los culpables.

Sin embargo, el ejercicio de la jurisdicción universal no está regulado por el Derecho internacional (DI) sino que son los propios Estados los que establecen las condiciones para ello (aquellas que entienden más adecuadas). Esto ha dado lugar, de un lado, a la falta de homogeneidad en cuanto a las condiciones que el ejercicio del principio requiere y, de otro, al establecimiento, por los propios Estados, de diversas condiciones que han evolucionado hasta convertirse en auténticos obstáculos al ejercicio del principio universal, que nada tienen que ver con la finalidad última de la jurisdicción universal y que han originado un vacío del fundamento del principio; una derogación *de facto* que perpetúa la impunidad de los responsables de los crímenes más graves del DI.

Los obstáculos mencionados pueden proceder del poder legislativo, del poder ejecutivo y del poder judicial, pero es la vía legislativa la preferida por los Gobiernos. Entre ellos, podemos encontrar: el establecimiento de vínculos de conexión con el Estado que la ejerce, el reconocimiento de la inmunidad personal a los sujetos activos, la implantación de dispositivos de los cuales va a depender el inicio (o no) del ejercicio de la jurisdicción universal, la prescriptibilidad de los crímenes, la prohibición de extradición, el señalamiento de autoridades (por ejemplo, el Fiscal) encargados de autorizar (o no) el inicio del procedimiento basado en la jurisdicción universal y las amnistías, entre otros. Normalmente, no se trata de condiciones aisladas sino que suelen ser exigidas de forma combinada.

Ahora bien, como ya se afirmara en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), “los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones

¹“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, artículo 8 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A(III), de 10 de diciembre de 1948.

graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley”².

En el presente artículo nos centraremos en el rol que las amnistías vienen desarrollando en los procesos de jurisdicción universal, especialmente en lo que respecta a los que han tenido lugar en y ante el Estado español.

2. Las amnistías en Derecho internacional

Podemos definir la amnistía³ como “una derogación transitoria de la ley por la cual se beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la incoación de otros nuevos procesos por los hechos que caen en el ámbito de aplicación de la ley de amnistía”⁴. Se trata, por tanto, de la decisión de un gobierno por la que, a través de una ley, aprueba la inaplicación de las leyes que investigan y enjuician en un Estado los ilícitos penales e, incluso, los administrativos, debido a las circunstancias, fundamentalmente políticas, del momento.

² Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena (Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Sección II, párr. 60, disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/declaracion_programa_accion_viena.pdf). En este sentido lo apuntó el juez belga, Damien VANDERMEERSCH, haciendo una crítica al rol que los tribunales nacionales desempeñan siendo los más cautelosos a la hora de enjuiciar crímenes internacionales: “National judicial authorities often seek legal reasons to avoid prosecuting crimes against humanity instead of asserting whether they can prosecute them under international and national law ... Concerning the enforcement of international humanitarian law, too, the risk is not that domestic authorities may overstep their competence but rather that by looking for excuses to justify their alleged lack of jurisdiction, they condoned the impunity of one of the most serious crimes ... The struggle against impunity of persons responsible for crimes under international law is, therefore, a responsibility of all states. National authorities have, at least, the right to take such measures as are necessary”, Ordonnance, Dossier n°. 216/98, Notices n°. 30.99.3447/98, Tribunal de première instance, Arrondissement de Bruxelles, Cabinet du juge d’instruction, Damien Vandermeersch, 6 November 1998, at. 3.3.3, translated from Frenc, citado por NAQVI, Y. Q.; *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, The Hague, TMC Assier Press, 2010, p. 13.

³ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que *amnistía* es una palabra de origen griego, ἀμνηστία (*amnēstía*, “olvido”) que define como “perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores”.

⁴ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A.; *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2015, p. 395. Otra definición la ofrece LASCAN, C. J.: “La amnistía es un acto de soberanía interna del Estado por el que el Poder Legislativo, fundado en razones de orden público cuya existencia y oportunidad sólo a él le compete valorar, por medio de una ley con efecto retroactivo, declara el olvido de infracciones de naturaleza penal (delitos comunes o políticos e infracciones administrativas o disciplinarias), ocurridas con anterioridad, produciendo la extinción de sus consecuencias represivas, sin individualizar a los destinatarios del beneficio, quienes no puedan renunciarlo, y, una vez reconocido por una resolución judicial basada en autoridad de cosa juzgada, es irrevocable” (“Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina”, en *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 523-556, p. 525). Véase también NAQVI, Y. Q., *óp. cit.*, nota 2, pp. 75-76: “Amnesty designed to preclude the prosecution of persons suspected or accused of international crimes usually take form of legislative or constitutional acts of States, are contained in treaties or political agreements, or may be declared as an exercise of executive power”.

No existe una única amnistía sino que pueden identificarse varias modalidades⁵. Las *amnistías generales o absolutas* son aquellas que tradicionalmente han constituido un impedimento a la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes más graves del DI y al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen las víctimas en el proceso penal. Por su parte, las *auto amnistías* han sido definidas como “leyes de amnistía que se otorgan a sí mismos y a todos los agentes del Estado, los responsables políticos de los gobiernos donde se han violado de forma sistemática los derechos humanos” y, en la gran mayoría de ocasiones, han permitido continuar en el poder a aquéllos que previamente las han aprobado tras un periodo represivo⁶. Por último, durante un proceso de justicia transicional podemos encontrar también las *amnistías negociadas, parciales, limitadas o condicionales* acordadas en una situación de post conflicto y olvido y cuya aceptación dependerá de las razones que expliquen la necesidad de su adopción, esto es, de las condiciones que las legitimen⁷. Para Margarita ROBLES, deberían existir unas *condiciones mínimas de legitimidad* de las amnistías adoptadas durante un proceso de justicia transicional: “1) ser un último recurso para garantizar objetivos esenciales como la paz, la supervivencia, la reconciliación nacional o el salvamento de vidas humanas; 2) operar en circunstancias específicas respecto de sujetos concretos, sin abarcar cualquier crimen y dejando posibilidades alternativas de exigencia de responsabilidad; 3) contar con la legitimidad garantizada por procesos democráticos o consultivos porque no es lo mismo una auto amnistía decidida desde un

⁵ Desde el punto de vista de la legitimidad con que los gobiernos las aprueban y el alcance o cobertura de las mismas (quién es inmune a persecuciones y qué actos podrán ser amnistiados), William W. BURKE-WHITE también ha señalado que existen cuatro tipos de amnistía: 1. *Blanked amnesty* (amnistía en blanco) es un amnistía decretada por el dictador sin aprobación alguna nacional o internacional y con un gran alcance (ley china de 18 de abril de 1978 y la peruana de 14 de junio de 1995, o las aprobadas en otros Estados latinoamericanos como Argentina, El Salvador, Nicaragua y Uruguay). 2. *Locally Legitimized, Partial Immunity*, que aunque cuenta con más legitimidad que las primeras, su ámbito de aplicación es más reducido, excluyendo a los delitos comunes y a aquellos cometidos por motivos personales (Sudáfrica en 1993 y Fiji en 2000). 3. *Internationally Legitimized, Partial Immunity*, que goza de una gran legitimidad por el compromiso y la implicación internacional, pero tiene un ámbito de ampliación más reducido (Haití y Guatemala). 4. *International Constitutional Immunity*, que es aquella que cuenta con la mayor legitimidad, nacional e internacional, al ser el tipo de amnistía más restringido en el que los Estados están obligados a perseguir los crímenes internacionales (Croacia y Bosnia). Para este autor, sólo este último tipo de amnistías debe tener efectos extraterritoriales. Sin embargo, su efecto dependerá no sólo de su aplicación sino también del texto real de las mismas (“Refraining Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation”, *Harvard International Law Journal*, 42, 2001, pp. 467-533, pp. 471-479 y pp. 482-518).

⁶ ESTEVE MOLTÓ, J. E.; “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, pp. 105-123, p. 107. Por su parte, Carmen VALLEJO PEÑA apunta que las auto amnistías “constituyen una herramienta que ha sido empleada por parte de regímenes antidemocráticos que, después de depurar a la oposición política, han pretendido legitimar sus estructuras de poder mediante un cierto barniz democrático, pero desde el que, en ningún modo se pudieran entrar a revisar criminalidades pasadas, en una especie de borrón y cuenta nueva” (*El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional y en el Derecho interno español*, Tesis Doctoral, defendida en la Universidad de Jaén, 19 de junio de 2015, p. 187).

⁷ Las *amnistías negociadas* han sido consideradas como aquellas “que surgen tras un proceso de conflicto y que bajo el pretexto de la reconciliación nacional bloquean a las víctimas el derecho a la tutela judicial efectiva” (ESTEVE MOLTÓ, J. E.; “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos ...”, *óp. cit.*, nota 6, p. 107).

gobierno a aquella que resulta de un proceso amplio de reconciliación nacional; y 4) no aplicarla a crímenes internacionales, porque ningún Estado puede decretarlo y hacerlo oponible a los demás”⁸.

Como Sebastián MACHADO ha señalado, existía el temor de que la Corte Penal Internacional (CPI) pudiera ser un obstáculo a procesos de justicia transicional y reconciliación llevados a cabo por los propios Estados. Por ello, se aproximaron “figuras de justicia disímiles a las tradicionales” (amnistía parcial) con la misma función que la CPI (la lucha contra la impunidad). De ahí la posición de parte de la doctrina al mantener que “la exoneración parcial de responsabilidad durante procesos de justicia transicional legítimos no contraviene las disposiciones del Estatuto de Roma”⁹. Por eso, las *amnistías parciales, pactadas o condicionales* se suelen admitir en los procesos de paz en los que estén trabajando comisiones de la verdad, siempre que sus destinatarios no sean los responsables de los crímenes más graves del DI¹⁰.

Ya desde sus orígenes¹¹, y desde un punto de vista *iusinternacionalista*, las amnistías han manifestado una problemática propia en lo que respecta a su alcance pues, si bien son actos estatales de soberanía interna, no pueden producir efectos fuera de las fronteras del Estado que las aprueba, atendiendo a los

⁸ ROBLES CARRILLO, M.; “El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución”, *REDI*, LXVI, pp. 81-111, p. 92.

⁹ De hecho, la interpretación que la doctrina hace del artículo 53.1.c) del Estatuto de la CPI (“El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: (...) c) Existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”) va dirigido en este sentido.

¹⁰ “Por lo tanto, el derecho penal internacional concede cierto margen de libertad a los Estados para decidir cuáles crímenes cometidos en conflicto sancionará penalmente. Así las cosas, esta regulación es similar a la establecida por el derecho internacional de los derechos humanos, en la cual no se encuentra disposición alguna que impida que los Estados ejerzan tal discrecionalidad, imponiendo como único límite la prohibición de conceder amnistías generales y absolutas” (MACHADO RAMÍREZ, S.; “Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional”, *ACDI*, 7, 2014, pp. 13-37, pp. 31-33).

¹¹ Si bien antiguos tratados de paz que pusieron fin a la batalla de Kadesh en el 1286 a. C. ya incluyeron formas de amnistía para los refugiados repatriados, éstas han sido utilizadas por los gobiernos para poner fin a las guerras civiles desde, al menos, el siglo XVIII. Esta tendencia ha continuado durante el siglo XX, con la aprobación de leyes de amnistía en casi todas las regiones del mundo, y ha aumentado especialmente en la década de los 70 y 80 al adoptarse durante los períodos de transición en varios estados latinoamericanos (Argentina, Chile, Brasil, El Salvador, Guatemala o Uruguay) y, más tarde, africanos (Zimbabue, Lesoto o Uganda) (NAQVI, Y. Q., *óp. cit.*, nota 2, pp. 75-78).

principios de igualdad soberana y de no injerencia en los asuntos internos¹², de forma que únicamente producirán plenos efectos en el Estado que las ha decretado¹³.

Así, por lo que respecta al resto de Estados, a sus tribunales internos, o a los tribunales internacionales, si bien éstos deberían respetar tal acto de soberanía, lo cierto es que el surgimiento del DI de los Derechos Humanos (DDHH) ha originado una práctica que defiende, por un lado, que en el caso de una amnistía el juzgamiento de los mismos hechos por un tribunal interno de otro Estado o por un tribunal internacional no puede ser considerado un ataque al *non bis in idem*¹⁴; y, por otro, que dicha amnistía no puede ser impuesta a los tribunales de otros Estados o tribunales penales internacionales cuando se trata de los crímenes más graves del DI regulados por normas de *ius cogens*. Tampoco las decisiones adoptadas en un proceso de justicia transicional (excepto que “se haya articulado mediante una norma internacional también vinculante para otros Estados”), al ser actos que se adoptan en el ámbito interno de un Estado, pueden ser oponibles a otros sujetos de DI o a otros tribunales internacionales, pues “carecen de efectos extraterritoriales”¹⁵. Se ha establecido, por tanto, un primer límite *ratione materiae* a las amnistías¹⁶.

¹² Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹³ Las amnistías “no pueden eximir de responsabilidad penal, más allá del ámbito soberano de quién las promulga, a los individuos que han cometido crímenes contra el Derecho internacional (todo ello, sin perjuicio, de que la promulgación de dichas leyes pueda constituir por sí misma o al ser aplicadas un ilícito internacional). Estas leyes no pueden, por lo tanto, proyectarse en el exterior vinculando a los órganos (judiciales) de otros Estados; más aún si, como es el caso español, responden a sistemas que prohíben los indultos generales. Es este el sentido, limitativo, en que cabe hablar de la territorialidad de la soberanía legislativa. La soberanía legislativa es, en efecto, territorial en la medida en que no es posible que una legislación auto exculpatoria produzca efectos más allá de los límites físicos del Estado” (REMIRO BROTONS, A.; “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 2001, pp. 67-150, pp. 117-118). Francisco CORTÉS RODAS señala: “Las transformaciones en el derecho internacional que han hecho posible sancionar la responsabilidad penal de los individuos por los crímenes más graves del derecho internacional, han estado determinadas, de un lado, por el progresivo debilitamiento del paradigma estatista centrado en la primacía de la soberanía estatal frente a los derechos humanos y, de otro lado, por el progresivo fortalecimiento del paradigma cosmopolita centrado en la primacía del individuo y los derechos humanos frente a los imperativos de la soberanía estatal” (“El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las FARC”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 29, 2013, pp. 189-216, p. 193).

¹⁴ Aunque referido a la CPI pero de aplicación a cualquier tribunal internacional, Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE señala: “El no enjuiciamiento de un crimen contra la Humanidad, competencia de la Corte según el artículo 5 del ECPI, por la promulgación de una ley de amnistía o de una ley de punto final no pueden impedir la actuación de la CPI. Se trata de un supuesto distinto al de cosa juzgada puesto que el Estado competente ha declinado la facultad de enjuiciar el hecho, no habiendo habido ni proceso ni sentencia en uno u otro sentido (condenatoria o absolutoria). Supone una renuncia a evaluar la responsabilidad penal por unos hechos determinados” (“La justicia universal y el principio de *ne bis in idem*”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 19).

¹⁵ ROBLES CARRILLO, M., *óp. cit.*, nota 8, pp. 92-93.

¹⁶ “Fuera de toda duda hay que afirmar que una exención general de responsabilidad penal no es admisible en cuanto el derecho internacional obliga a la persecución y a la sanción penal. Esto significa que las amnistías generales para los crímenes de derecho internacional son inadmisibles según el derecho internacional consuetudinario. Una amnistía contraria al derecho internacional no obsta a

Antoni PIGRAU ha puesto de manifiesto la importancia que en dicha práctica ha tenido el trabajo llevado a cabo por numerosas ONG, así como por la Asamblea General¹⁷, la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁸ y los órganos de control establecidos por los tratados internacionales de DDHH¹⁹.

También la jurisprudencia ha tenido un papel relevante, en especial la del sistema interamericano de protección de DDHH, convirtiéndose en un referente para otros tribunales internacionales²⁰. La Corte

la persecución penal por terceros Estados (WERLE, G.; *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 135-136). Y así ha sido también establecido por el Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, ILA, London Conference, 2000, párr. 5, p. 21.

¹⁷ *Declaration on the protection of all persons from enforced disappearance*, Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, cuyo artículo 18 señala la imposibilidad de que los presuntos responsables de crímenes graves puedan beneficiarse de amnistías o medidas similares.

¹⁸ El *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, adoptados el 8 de febrero de 2005 y elaborados por la Comisión de Derechos Humanos, señala en su principio 24: “Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía: Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata; b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación (...) y no menoscabarán el derecho a saber; c) Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos; d) Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura” (doc. E/CN.4/2005/102/Add.1). Dos meses más tarde, en su Resolución 2005/81, de 21 de abril, relativa a la *Impunidad*, señala en su párr. 3º: “Estima también que no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos” (disponible en http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_s.aspx?b=1&se=59&t=11).

¹⁹ Señala este autor cómo el Comité de Derechos Humanos se ha manifestado tanto desde un punto de vista general (“En los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto (...), los Estados Parte de que se trate no podrán eximir a los autores de su responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías (...) y anteriores inmunidades” en *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Observación General núm. 31, de 29 de marzo de 2004), como en relación a países concretos, y “en todos los casos el Comité ha estimado que las leyes de amnistía eran incompatibles con las obligaciones establecidas en el Pacto” (PIGRAU SOLÉ, A.; *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Barcelona, Col·lecció Recerca per Drets Humans, 3, Generalitat de Catalunya, Oficina de promoció de la pau y los Derechos Humanos, 2009, pp. 75-76).

²⁰ Sobre la jurisprudencia de la CIDH en materia de amnistía puede consultarse: ESTEVE MOLTÓ, J. E.; “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, *óp. cit.*, nota 6, pp. 105-123; GAMARRA, Y.; “El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistía”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, pp. 124-146; y DONDÉ

212

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya apuntó en el asunto *Barrios Altos* (2001), en relación con las leyes de amnistía del gobierno de Fujimori en Perú, la incompatibilidad de la amnistía con los graves crímenes de Derecho internacional²¹. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²² y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)²³.

MATUTE, J.; “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2010, pp. 263-293.

²¹ “Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Asunto *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirra y otros v. Perú)*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párr. 41. Incluso, en el asunto *Almonacid Arellano y otro v. Chile*, la CIDH concretó que las declaraciones del Gobierno chileno de no aplicación de la Ley de auto amnistía (Decreto Ley núm. 2191 de 1978, proclamado por el Gobierno de Pinochet, aún vigente) no eran suficientes para satisfacer el artículo 2 de la Convención Americana en relación a la amnistía: “En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente” (Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 121). La Comisión Interamericana, por su parte, apuntó que: “La CIDH ha señalado reiteradamente que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de violaciones serias de los derechos humanos, hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo 1(1) de la convención americana. En efecto, muchas leyes eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables” (asunto *Ignacio Ellacuría S. J. y otros*, asunto núm. 10.488, Informe núm. 136/1999, de 22 de diciembre de 1999, párr. 200).

²² En el asunto *Margus v. Croacia* se condenó a un soldado por crímenes de guerra al que previamente se le había concedido una amnistía, señalando el TEDH que al demandante se le había concedido indebidamente una amnistía por aquellos actos que equivalían a graves violaciones de los Derechos Humanos protegidos por los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de 1950, cuando los Estados tienen la obligación de enjuiciar aquellos actos como la tortura y los homicidios intencionados. Por otra parte, señala el Tribunal, se observa una tendencia cada vez mayor en el Derecho internacional a encontrar inaceptables las concesiones de amnistía con respecto a crímenes graves. En apoyo a esta observación, el Tribunal se basó en varios organismos, tribunales y convenciones internacionales, entre ellas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, señala, incluso aunque se aceptara que las amnistías eran posibles en virtud de determinadas circunstancias personales (un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas) la amnistía concedida al demandante en el presente caso no puede ser aceptada ya que no hay nada que indique que se hubieran dado tales circunstancias. El nuevo auto de acusación contra el demandante por crímenes de guerra en la segunda serie de procedimientos cumple con los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3 del Convenio, de forma que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 (“Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”) no es aplicable (Sentencia de Gran Sala del TEDH, *Margus v. Croacia*, núm. 4455/10, de 27 de mayo de 2014, párrs. 124 y ss.). En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad en el asunto *Abdulsamet Yaman v. Turquía*: “where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are no time barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible” (Sentencia del TEDH, núm. 32446/96, de 2 de noviembre de 2004, párr. 55).

²³ “El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa de Derecho Internacional tiene otros efectos tanto a nivel interestatal como individual. A nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido sostener, de una parte, que como consecuencia del valor de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o reglas consuetudinarias que permitiesen la tortura serían nulos de pleno derecho y, de otra, que un Estado pudiera adoptar medidas nacionales que autorizaran o condonaran la tortura o que absolvieran a los responsables a través de una ley de amnistía. Si se produjera tal situación (...), los responsables de prácticas de tortura que hubieran actuado con base en esas medidas nacionales o que se hubieran beneficiado de ellas podrían ser considerados penalmente responsables, sean en un Estado extranjero, sean

Aunque el DI rechaza las amnistías y auto amnistías para los crímenes más graves del DI, hemos visto cómo aquéllas también pueden producirse ante un nuevo escenario, el de la *justicia transicional*, una ponderación entre *justicia y verdad*²⁴, surgiendo así el debate en torno al establecimiento de las *líneas rojas* que no deben ser sobrepasadas. Ahora bien, existe un cierto consenso en la doctrina que permite afirmar que, en el marco de la justicia transicional, se podrían llegar a admitir las *amnistías parciales* bajo ciertas condiciones: si son una pieza clave para lograr el fin de un conflicto armado y/o de un sistema no democrático; si excluyen a los máximos responsables de los crímenes en cuestión; si no impiden una investigación independiente e imparcial de los hechos (para otros, tampoco y en su caso el consiguiente proceso judicial) y siempre que no afecten al derecho de la víctima a la reparación ni a la verdad²⁵. Esa *dimensión condicionada* fue también admitida por la CIDH, en el asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, al tratar por primera vez en el marco de las negociaciones de paz, una ley de amnistía otorgada tras un conflicto armado:

“El Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador”²⁶.

en su propio Estado una vez establecido un nuevo régimen” (TPIY, Sala de primera instancia, *Fiscal v. Anto Furundzija*, núm. IT-95-17/1-T, Sentencia, de 10 de diciembre de 1998, párr. 155).

²⁴ “La coexistencia de ambos expedientes no es sencilla por dos motivos principales: el valor y la legitimidad de sus respectivos objetivos no siempre resultan fácilmente ponderables a efectos de establecer una prelación entre ambos y, junto a ello, los instrumentos de justicia transicional varían considerablemente entre sí en su origen, medios, alcance y efectos” (ROBLES CARRILLO, M.; *óp. cit.*, nota 8, p. 91). En el mismo sentido, MACHADO RAMÍREZ, S., “Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional”, *ACDI*, 7, 2014, pp. 13-37, pp. 15-16. Sobre amnistía y justicia transicional en el ámbito internacional puede consultarse: LAPLANTE, L. J.; “Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes”, *Virginia Journal of International Law*, 49, 2009, pp. 915-984; y CORTÉS RODAS, F.; “El derecho internacional penal y...”, *óp. cit.*, nota 13, pp. 189-216.

²⁵ Son las condiciones que recoge CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.; “El Derecho penal internacional en contextos transicionales”, en *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 465-483, pp. 478-479.

²⁶ Asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, p. 148, párr. 4. Por su parte, el Voto concurrente del juez Diego García Sayán señala: “un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada (...). Por ello, los Estados deben ponderar en este tipo de circunstancias el efecto de la justicia penal tanto sobre los derechos de las víctimas como sobre la necesidad de terminar el conflicto” (asunto *masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Voto concurrente de la Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, p. 148, párrs. 26-27).

3. Las amnistías, un obstáculo al ejercicio del principio universal

En relación al ejercicio de la jurisdicción universal, la improcedencia de la amnistía ante los crímenes internacionales más graves de DI también ha sido señalado por la International Law Association (ILA) en su sesión de Londres (2000):

“The obligation or the entitlement of states to bring perpetrators of gross human rights offences to justice on the basis of universal jurisdiction is not affected by amnesties awarded in the territorial state. Individual amnesties awarded as part of a legitimate legal process may however be taken into account by a prosecutor when exercising his or her discretion whether or not a prosecution would be in the public interest (assuming there is no treaty obligation to prosecute) and by a court where imposing a sentence”²⁷.

Por su parte, los Principios de Princeton (2001)²⁸, en su principio 7, señalan:

- “1. Amnesties are generally inconsistent with the obligation of states to provide accountability for serious crimes under international law as specified in Principle in 2(1).
2. The exercise of universal jurisdiction with respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1) shall not be precluded by amnesties which are incompatible with the international legal obligations of the granting state”.

Las amnistías o cualquier otra forma del derecho de gracia concedida a una persona (o un grupo de personas) por un Estado o a consecuencia de las normas de un tratado, dieron lugar a un largo e importante debate en la redacción de este principio 7 de los Principios de Princeton hasta el punto de que, tras el estudio de “la posibilidad de tratar de determinar los requisitos mínimos que debieran

²⁷ Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, ILA, London Conference, 2000, párr. 5, p. 21.

²⁸ Los Principios de Princeton se redactaron con la idea de abordar, no sólo los problemas prácticos, sino también teóricos de la jurisdicción universal. Un primer borrador elaborado por el profesor Cherif BASSIOUNI sería discutido a principios de noviembre del año 2000. Al mismo se le incluirían aquellos aspectos que un grupo internacional de juristas presentaron durante los días 25 a 27 de enero de 2001, obteniendo como resultado los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, New Jersey, Princeton University, Princeton, 2001, pp. 11-12.

cumplirse para que los mecanismos de imputación de responsabilidad se considerasen legítimos” y de las diversas posturas, se decidió apostar, como puede leerse en el principio 7, por criterios generales²⁹.

Por su parte, el principio 15 de los *Principios El Cairo – Arusha sobre jurisdicción universal* (2002) señala:

“While amnesties for gross human rights offences granted to individuals may, in certain cases, be politically expedient, such amnesties are generally incompatible with international law and do not have any effect outside the borders of the country in which they are granted; nor do they absolve other States of their responsibility and their duty to prosecute or to transfer for trial such individuals”³⁰.

Y es que, en cuanto la amnistía contiene “renuncias a la jurisdicción” por parte del Estado que las otorga, éstas proporcionan la situación óptima para que el resto de Estados puedan ejercer su jurisdicción a través del principio universal, confirmando que “el principio de justicia universal proporciona cauce para el ejercicio de la tutela judicial efectiva –como derecho a obtener una resolución judicial- en el plano internacional”³¹.

Dos son las situaciones que podrían darse en esta relación amnistía/jurisdicción universal. Respecto a la primera, un Estado que ha silenciado los hechos ocurridos en su territorio con una ley de amnistía no podrá impedir que otros Estados, en cuyo territorio se encuentra el sospechoso, ejerzan el principio universal a través del principio *aut dedere aut iudicare*. Así lo señaló el juez francés que, en aplicación del principio universal, condenó por torturas al militar de Mauritania Ely Ould Dah, tras haber sido

²⁹ Se barajaron dos posturas: por un lado, aquellos que “estaban totalmente en contra de la inclusión de cualquier principio que reconociera la amnistía para “delitos graves de derecho internacional” y, por otro, los que señalaban que “algunos tipos de amnistías, junto a mecanismos de imputación de responsabilidad distintos del procesamiento penal, eran aceptables en algunos casos: al menos en períodos difíciles de transición política, como la segunda mejor alternativa al procesamiento penal. Incluso, se suscitó “una gran polémica respecto de mecanismos de imputación de responsabilidad como el de la comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica” (*The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, óp. cit.*, nota 28, pp. 11-12).

³⁰ La African Legal Aid reunió en El Cairo, los días 30 y 31 de julio de 2001, y en Arusha, los días 18 a 21 de octubre del 2002, a un gran número de expertos de toda África, así como de otros lugares del extranjero, para discutir e idear los principios sobre jurisdicción universal desde una perspectiva africana, disponibles en http://www.africalegalaid.com/download/policy_document/Policy_Document.pdf.

³¹ GARCÍA ARÁN, M.; “El principio de justicia universal en la L.O. del poder judicial español”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 63-87, p. 87.

amnistiado por una ley de 1993³². Y así lo ha señalado también el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) en relación con el Acuerdo de Paz de Lomé³³.

En relación a la segunda situación, la amnistía podría llegar a convertirse en un impedimento al ejercicio de la jurisdicción universal. Imaginemos, por ejemplo, que el Estado A quiere ejercer la jurisdicción universal contra el Estado B donde se cometieron crímenes de DI *stricto sensu* pero sus responsables fueron amnistiados y los hechos mantenidos en el olvido. El problema lo encontramos en el caso de que los presuntos responsables de tales hechos se encuentran en el Estado B y éste no conceda la extradición solicitada por el Estado A, basándose aquél en su ley de amnistía (o también en la prescripción de los mismos³⁴). Ahora bien, en el caso de que el Estado B no entregue a los presuntos responsables tendría la obligación de juzgar (*aut dedere aut iudicare*), sin que una norma interna (amnistía) pudiera eximir al Estado B de la obligación de cumplir con sus obligaciones internacionales. Pero, ¿y si el Estado B se niega a extraditar y tampoco investiga y juzga los hechos? ¿Podría, en su caso, demandar el Estado A al Estado B ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (*aut dedere aut iudicare*) contempladas en un tratado internacional de naturaleza de *ius cogens* (crímenes de lesa humanidad)? Imaginemos también que sustituimos el Estado A de nuestro ejemplo por “Argentina” y el Estado B por “España”.

³² Sentencia del Tribunal Penal de Nimes, de 1 de julio de 2005. Las leyes de amnistía solo tendrán efecto en el territorio del Estado que las dicta pero éstas no serán oponibles frente a terceros Estados, por lo que no afectarán al derecho u obligación que tenga un Estado de ejercer el principio de jurisdicción universal de acuerdo con el DI (SÁNCHEZ LEGIDO, A.; *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 381-384).

³³ “The grant of amnesty or pardon is undoubtedly an exercise of sovereign power which, essentially, is closely linked, as far as crime is concerned, to the criminal jurisdiction of the State exercising such sovereign power. Where jurisdiction is universal, a State cannot deprive another State of its jurisdiction to prosecute the offender by the grant of amnesty. It is for this reason unrealistic to regard as universally effective the grant of amnesty by a State in regard to grave international crimes in which there exists universal jurisdiction. A State cannot bring into oblivion and forgetfulness a crime, such as a crime against international law, which other States are entitled to keep alive and remember” (TESL, *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, de 13 de marzo de 2004, párr. 67, p. 29, disponible en <http://rscsl.org/>). En el mismo sentido, la profesora Alicia GIL GIL ha señalado: “La ley de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y obediencia debida para la persecución seguida por la AN española” (“Justicia transicional en España”, en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 143-174, pp. 165-166).

³⁴ Así lo ha hecho España en relación a las cuatro extradiciones solicitadas por el Estado argentino en el marco de la querrela que se interpuso en 2010 por los crímenes franquistas. Y llama la atención que, en la negativa que dio España a la solicitud de extradición, no se hiciera alusión alguna a la ley de amnistía española de 1977 sino a la prescripción de los crímenes de lesa humanidad que se les imputaba a los *extraditurus*.

4. España y la Ley de amnistía de 1977

En 2009 el Comité de Derechos Humanos (CDH) se pronunció sobre el quinto Informe presentado por España en relación a la ley de amnistía de 1977³⁵ y afirmó la incompatibilidad de la misma con el artículo 14.7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) de 1966³⁶. En 2015, el CDH se volvió a pronunciar sobre el sexto, y último, Informe que ha presentado España:

“Violaciones a los derechos humanos del pasado. El Comité expresa y reitera su preocupación (CCPR/C/ESP/CO/5, párr. 9) por la posición del Estado parte de mantener en vigor la Ley de Amnistía de 1977, que impide la investigación de las violaciones de los derechos humanos del pasado, en particular los delitos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias. El Comité está preocupado por las lagunas y deficiencias en la regulación de los procedimientos de búsqueda, exhumación e identificación de personas desaparecidas, en particular, por el hecho de que la localización e identificación de personas desaparecidas se dejan a cargo de la iniciativa de los familiares, y por las desigualdades que de ello resulta para las víctimas dependiendo de la región de que se trate. El Comité también está preocupado por las dificultades en el acceso a los archivos, en particular, los archivos militares (arts. 2, 6 y 7).

El Comité reitera su recomendación en el sentido de que se derogue la Ley de Amnistía o se la enmiende para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos del pasado. El Estado parte debe también velar por que en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes y se repare a las víctimas. El Estado parte debe revisar su legislación relativa a la búsqueda, exhumación e identificación de las personas desaparecidas y, a este respecto, se le alienta a implementar las recomendaciones del Comité contra la Desaparición Forzada

³⁵ *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España* (Doc. CCPR/C/ESPCO/5), de 5 de enero de 2009, párr. 9.

³⁶ Artículo 14.7 del PIDCP: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

en sus recientes observaciones finales (CED/C/ESP/CO/1, párr. 32). Asimismo, el Estado parte debe establecer un marco jurídico nacional en materia de archivos y permitir la apertura de los archivos sobre la base de criterios claros y públicos, de acuerdo con los derechos garantizados por el Pacto”³⁷.

A pesar de la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, basándose en la incompatibilidad con la Ley de Amnistía de 1977³⁸, entre otros motivos, el juez de instrucción penal de la Audiencia Nacional (AN) admitió a trámite el 16 de octubre de 2008 una querrela por crímenes de lesa humanidad cometidos presuntamente durante la dictadura en España, al entender la incompatibilidad de la amnistía con las normas internacionales, en concreto, con el PIDCP³⁹. Sin embargo, en la resolución al recurso interpuesto por el Fiscal, el Pleno de la AN sobreseyó el procedimiento señalando que la Audiencia no era competente para los crímenes mencionados, sino que lo eran los tribunales del lugar de comisión de los hechos⁴⁰ y siendo, además, el juez acusado de prevaricación. Más tarde, el Tribunal Supremo (TS) declaró su absolución, señalando, eso sí, en relación a la Ley de amnistía de 1977, que el magistrado había realizado una interpretación *improcedente*⁴¹.

³⁷ *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España* (Doc. CCPR/C/ESP/CO/6), Comité de Derechos Humanos, de 14 de agosto de 2015, párr. 21, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fESP%2fCO%2f6&Lang=es.

³⁸ *Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía*, BOE de 17 de octubre de 1977.

³⁹ “Por lo demás, es conocida y reiterada la jurisprudencia internacional, cuando nos enfrentamos a crímenes contra la humanidad y no olvidemos que en ese contexto es en el que se mueven los aquí denunciados e investigados. En efecto, es aceptado en forma pacífica y conteste que resulta imposible la aplicación de este tipo de medidas de gracia si no se han investigado los hechos en un proceso judicial bajo las premisas de la independencia e imparcialidad, en el que también se hayan debatido y establecido la verdad de los mismos y las responsabilidades de los culpables (Caso *Furundzija*, Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia de fecha 19 de diciembre de 1988 y Caso *Minina Fofana* en la Corte Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, sentencia de 25 de abril de 2005)”, Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la AN, de 18 de noviembre de 2008, FJ 14º.

⁴⁰ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 2 de febrero de 2009.

⁴¹ Señala el TS (Sentencia de la Sala Segunda, núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012), por un lado, que la ley de amnistía “fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. (...) fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. (...) tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. (...) Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden una de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. (...) En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”. Y añade: “Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento” (FJ 3.3). Por otro lado, el TS, a pesar de prestar atención a la jurisprudencia de tribunales internacionales en materia de DDHH, niega que una norma consuetudinaria de DI pudiera ser aplicada directamente en el ordenamiento interno español (FJ 3.1).

La Ley de amnistía española de 1977 continúa vigente y sin ningún cambio en el horizonte⁴², a pesar de diversas iniciativas⁴³. Así lo han puesto de manifiesto las observaciones preliminares del Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de GREIFF⁴⁴, y el informe del Consejo de Derechos Humanos de 2017⁴⁵, que

⁴² Se lamenta el profesor José Elías ESTEVE, en relación a la ley de amnistía española de 1977, que “décadas después de la llamada transición española, esa amnistía continúa siendo una suerte de pernicioso cultivo transgénico que no solo ha sido impermeable a la fertilización, sino que puede contaminar todo un sistema judicial” y critica que en España, “uno de los principales países del sistema europeo de derechos humanos se lleguen a veredictos, como el del auto del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2010 en el que el magistrado Luciano Varela no dudaba en dar curso a la querrela por prevaricación contra el juez Baltasar Garzón, puesto que la causa de los crímenes del franquismo y su “artificiosa incoación suponía desconocer principios esenciales del Estado de Derecho, (...) como la Ley de amnistía 46/1977” (“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía...”, *óp. cit.*, nota 6, p. 107). Los términos *jurisprudential cross-fertilization* fueron acuñados por la propia Corte Interamericana para referirse al establecimiento de sus propios principios tras el empleo de principios de otros tribunales de Derechos Humanos (asunto *Almonacid Arellano y otro v. Chile*, Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 26-28).

⁴³ Por un lado, el Congreso de los Diputados, el 19 de julio de 2011, rechazó una proposición de ley para modificar la Ley de amnistía. La proposición de ley del Grupo Parlamentario Mixto solicitaba la inclusión de un nuevo artículo con el siguiente contenido: “Primero. Lo dispuesto en esta ley no será de aplicación a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad, a los que será de aplicación lo dispuesto en la normativa internacional que regula los mismos. Segundo. En lo referente a la definición de actos criminales de genocidio y lesa humanidad, a su ámbito de aplicación universal y en su carácter imprescriptible se estará a lo dispuesto en la normativa internacional en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Tercero. El presente artículo será aplicable retroactivamente a todas las resoluciones administrativas o judiciales que guarden relación con su objeto, pudiendo revisarse o reiniciarse al amparo de lo dispuesto en el mismo”. La proposición fue rechazada por ocho votos a favor, 320 en contra y ocho abstenciones (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, de 19 de julio de 2011, sesión plenaria núm. 250, p. 4). Por otro lado, Izquierda Unida presentó a finales de febrero de 2017 una campaña que tiene como objetivo una proposición de ley “para acabar con una norma que (...) supone una ‘ley de punto final’ y todo ello teniendo en cuenta que, desde finales de los noventa, existe una ‘nueva sensibilidad pública hacia los derechos de las víctimas del franquismo’”. Una “aplicación torticera” de la ley de 1977 dio lugar a la impunidad de todos los crímenes del franquismo lo que se aproximó más a una “ley de punto final” (“IU propondrá en el Congreso derogar la Ley de Amnistía de 1977”, *InfoLibre*, 28 de diciembre de 2017).

⁴⁴ “En España se ha alegado que la ley 46/1977 (Ley de Amnistía) no es una ley de ‘punto final’ puesto que fue adoptada democráticamente por el primer parlamento elegido después de la transición. El hecho de que la ley fue adoptada no por el régimen anterior sino por un parlamento elegido democráticamente la hace, es cierto, diferente de una ‘auto-amnistía.’ Pero en efecto la ley acabó cumpliendo las funciones de una ley de punto final en tanto que se ha utilizado para archivar prácticamente la totalidad de los casos que llegan ante los jueces. Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, los tribunales de algunos de ellos han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto incluye, por ejemplo, interpretaciones según las cuales las amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero, en la medida en que requieren para su aplicación una determinación judicial (como sucede con la ley 46/1977), requieren a su vez al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir. En cualquier caso, haré del acceso a la justicia por parte de las víctimas, uno de los temas de análisis en el reporte que presentaré en Septiembre. Por lo pronto me limito a anotar la uniformidad casi absoluta en el tratamiento por parte de los operadores judiciales de los casos relacionados a los temas que conciernen a este mandato. La decisión del Tribunal Supremo del 27 de Febrero del 2012 absolviendo al titular del Juzgado de Instrucción Penal n° 5 por haber iniciado investigación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil y la dictadura, junto con su decisión de competencia en favor de los juzgados territoriales, según información recibida sólo han solidificado la tendencia de los jueces a archivar los procesos que les son presentados. Hay, sin embargo, algunas excepciones a ese patrón” (Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E>). Más tarde, en su informe apuntaba: “El ataque a aquella Ley se justifica por el uso y abuso que de ella vienen haciendo quienes se oponen al esclarecimiento de los crímenes del franquismo, al levantamiento de las fosas y al relato de la naturaleza criminal de aquel régimen”. Sin embargo, la misma fue, en 1977, un *cierre simbólico* de la dictadura para abrir la puerta de la democracia en unas recién estrenadas Cortes Generales. La interpretación restrictiva que de la misma se ha hecho después es la que ha dado lugar en llamarla “ley de punto final”, el principio de no retroactividad, el principio de norma más favorable al reo o administrado, la prescripción de los delitos y la seguridad jurídica ha impedido la investigación de los hechos” (*Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Misión a España, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, doc. A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014). Sin

lamentaba que los avances en la implementación de las recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias en su informe relativo a su visita a España del 23 al 30 de septiembre de 2013 fueran tan escasas⁴⁶.

Ahora bien, si algo llama la atención en relación a lo dicho hasta ahora es lo señalado en el asunto *Scilingo* por la propia AN española:

“La actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las leyes de punto final y obediencia debida, irreversibles”⁴⁷.

embargo, señala Pepe REIG CRUAÑES, “la extinción de la responsabilidad penal, es decir de la consecuencia jurídica del delito, requiere, precisamente, la investigación de los hechos para determinar su existencia. De lo contrario no habría responsabilidad penal que extinguir”. Se bloquea así “una función básica de la justicia, cual es el “conocimiento de los hechos”. Al impedir siquiera investigar las desapariciones o las fosas vulnera el derecho a la justicia y vulnera el derecho a la verdad”. De ahí que “Pablo Greiff, pide la reforma de la Ley de Amnistía, no lo hace porque sea en sí misma una “ley de punto final”, sino para impedir que se siga usando como tal, debido a las “interpretaciones restrictivas” que emanan de un Poder Judicial que es “la esfera del Estado que ha acusado menos reformas estructurales desde la transición” (“La doble vida de la Ley de Amnistía”, *Al revés y al derecho*, 28 de febrero de 2017).

⁴⁵ *Report of the Working Group of Enforced or Involuntary Disappearances*, Consejo de Derechos Humanos, 36ª sesión, 11-29 septiembre 2017, de 7 de septiembre de 2017, Doc. A/HRC/36/39/Add.3, párr. 32.

⁴⁶ Entre esas recomendaciones se encontraba el “adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto a la interpretación judicial dada a la Ley de Amnistía de 1977”, *Report of the Working Group of Enforced of Involuntary Disappearances*, Addendum Mission to Spain, 2 July 2014, Doc. A/HRC/27/49/Add.1, párr. 49.

⁴⁷ La Ley 22.924 de Pacificación Nacional o auto amnistía había sido derogada por Ley 23.040 en diciembre de 1983. Y añade la AN: “Creemos que todo el relato anterior [referido a las Leyes de Punto Final y de Obediencia así como a los indultos, excluyendo del relato la ley de auto amnistía que, hemos señalado, ya había sido derogada] resulta suficientemente expresivo y pone de manifiesto la justificación de la actuación del derecho penal internacional para la persecución penal de gravísimos hechos, cuando ésta no es posible en el ámbito interno, precisamente por situaciones de secuestro de la justicia incluso muchos años después de haberse producido los hechos”, Sentencia de la Sala de Lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, FJ 6º, apartados 1, 2 y 3. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de GREIFF, en sus Observaciones Preliminares apuntó: “En los casos *Scilingo* y *Pinochet*, los tribunales españoles supieron no sólo respetar los principios del debido proceso y derechos de los acusados, sino que desplegaron destreza jurídica en favor de los derechos de las víctimas. Por ejemplo, en el caso *Pinochet*, el decreto-ley de amnistía chileno es desestimado por el Tribunal, y en el caso *Scilingo*, los tribunales encontraron las vías legales para sobrepasar el problema de la aplicabilidad de tipos legales propios del derecho internacional y del problema relacionado de la prescripción” (Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E>).

5. Conclusiones

A pesar de que las amnistías puedan ser dictadas en un Estado o admitidas en un proceso de paz, éstas no podrán ser oponibles ante los tribunales de ningún otro Estado ni ante un tribunal internacional pues, en ningún caso, podrán obstaculizar la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes más graves del DI que afectan a normas de *ius cogens*.

En cuanto a la relación entre el ejercicio de la jurisdicción universal y la amnistía, en puridad, la amnistía únicamente se convierte en un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal en el supuesto de que los presuntos responsables se encuentren en el Estado donde se cometieron los hechos y el Estado que ejerza el principio universal solicite su extradición para la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes más graves de DI pero se niegue esa extradición. Es esta, sin ir más lejos, la situación que se vive en la actualidad en relación a la querrela impuesta en Argentina por los crímenes cometidos durante la dictadura franquista. Y es que, incluso muchos años después de haberse producido los hechos, ¿acaso no pervive en España hoy esa impunidad (fundamentalmente debido a la Ley de amnistía de 1977, aún en vigor) de la que la AN (asunto *Scilingo*) acusaba al Estado argentino en 2005 y por la que los tribunales españoles decidieron ejercer su *ius puniendi* extraterritorial a través del principio de jurisdicción universal? ¿Acaso esa misma impunidad, que legitimó el ejercicio de la jurisdicción universal española, no legitimaría hoy el ejercicio de esa figura por el Estado argentino iniciado en 2010?

6. Bibliografía

- BURKE, W. W.; “Refraining Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation”, *Harvard International Law Journal*, 42, 2001, pp. 467-533.
- CORTÉS RODAS, F.; “El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 29, 2013, pp. 189-216.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.; “El Derecho penal internacional en contextos transicionales”, en *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 465-483.
- ESTEVE MOLTÓ, J. E.; “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, pp. 105-123.
- GARCÍA ARÁN, M.; “El principio de justicia universal en la L.O. del poder judicial español”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 63-87.
- GIL GIL, A.; “Justicia transicional en España”, en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 143-174.
- LASCAN, C. J.; “Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina”, en *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 523-556.
- MACHADO RAMÍREZ, S.; “Límites a la exoneración de responsabilidad en el derecho internacional: amnistías, selección y priorización de casos en la jurisdicción nacional”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 7, 2014, pp. 13-37.
- MARTÍNEZ ALCANIZ, A.; *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2015.
- NAQVI, Y. Q.; *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, The Hague, TMC Assier Press, 2010.
- PIGRAU SOLE, A.; *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los Tribunales nacionales*, Barcelona, Col·lecció Recerca per Drets Humans, 3, Generalitat de Catalunya, Oficina de promoció de la pau y los Derechos Humanos, 2009.
- REMIRO BROTONS, A.; “Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 2001, pp. 67-150.
- ROBLES CARRILLO, M.; “El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVI, pp. 81-111.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; “La justicia universal y el principio de *ne bis in idem*”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A.; *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- VALLEJO PEÑA, C.; *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional y en el Derecho interno español*, Tesis Doctoral, defendida en la Universidad de Jaén, 19 de junio de 2015.
- WERLE, G.; *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.