

Justicia Penal Internacional y Amnistía (*)

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES (1)

Profesor Dr. de la Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

El anhelo *kantiano* presente en el opúsculo «Sobre la paz perpetua» (2) de la instauración de un derecho cosmopolítico como desarrollo de la idea racional de comunidad pacífica plena de todos los pueblos ha encontrado sustento, sin duda alguna, en los desarrollos jurídicos en materia de derecho internacional. Si bien el mismo filósofo de Königsberg consideró la paz perpetua (el fin último de todo el derecho de gentes) como una idea irrealizable, no dudó en afirmar que los principios políticos que a ella tienden sí permiten un acercamiento a este estado de paz, en la medida en que tal aproximación es una tarea fundada en el deber y, por tanto, también en el derecho de los hombres y de los Estados (3). Kant abogó por un derecho mundial que apunte a la evitación de la guerra y al aseguramiento de la paz; partió entonces del respeto recíproco de los

(*) El contenido de este trabajo responde en su gran mayoría al publicado en Anuario de Derecho Constitucional, Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Período 2002 y primer semestre de 2003, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), ed. Universidad Externado de Colombia, pp. 385 ss., Bogotá, 2004.

(1) Máster en Derecho comparado y doctor en Derecho en la Universidad de Bonn-Alemania. Actualmente profesor de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia.

(2) KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, 1795, citado según la edición presentada por Antonio Truyol y Sierra, y traducida por Joaquín Abellán, 2001.

(3) KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, 1797, § 61, citado según la edición con estudio preliminar de Adela Cortina Orts y traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, 2002.

Estados y descartó la existencia de un Estado mundial, pues en él la fuerza de validez de las normas jurídicas se distanciaría en gran medida del individuo (4).

Puede afirmarse con Kant que la búsqueda de los mecanismos que lleven a la instauración permanente del estado de paz es el fin último de la doctrina del derecho dentro de los límites de la mera razón, y que la asociación de todos los pueblos soberanos en orden a ciertas leyes generales será el paso decisivo para que rijan un derecho mundial. Así, podría pensarse en un primer momento en que los desarrollos recientes en materia penal internacional coinciden con la idea de derecho del filósofo alemán y que, entonces, éstos se fundan en una idea jurídica autorizada; sin embargo, el deber jurídico de una paz internacional no debe confundirse con el sometimiento de los pueblos, de los Estados y de sus ciudadanos a una organización mundial en la que el individuo no sea el artífice directo de la obra legitimadora.

Ya que con la instauración de la Corte Penal Internacional con sede en La Haya el ciudadano se ve inmerso en una relación jurídica «distante» frente a la comunidad internacional, intentaremos acercarnos en estas líneas a algunas cuestiones que, en el marco de la discusión actual sobre este nuevo organismo, no sólo ponen en duda la legitimación material de un ordenamiento penal internacional sino que también tienen consecuencias específicas en lo concerniente a la autonomía en materia penal de los Estados. Aquí no vamos, y debe quedar claro, a tratar el problema de legitimación anteriormente mencionado; solamente resaltaremos algunos interrogantes que darán a meditar cuando precisamente la autonomía del Estado para juzgar o perdonar los delitos cometidos en su territorio se vea limitada. El hecho de que esta cuestión tiene relevancia actual en la discusión quedará al descubierto más adelante.

Hasta hace algunos años la idea de una justicia y un Derecho penal internacionales era un gran interrogante del ordenamiento internacional; el contenido exacto de un derecho penal internacional y las perspectivas políticas para la instauración de una justicia penal de esas características no parecían estar dadas. El desarrollo acaecido en esta materia desde principios de los años noventa con el llamamiento hecho por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de tribunales penales internacionales para la antigua Yugos-

(4) Sobre Kant recientemente ZACZYK, R., «Freiheit und Recht- Immanuel Kant zum 200». Todestag, en: *JuS* 2/2004, pp. 96 ss.

lavia y para la persecución del delito de genocidio en Ruanda dio una nueva dinámica a la discusión acerca de la necesidad de legitimar una institución para la persecución de determinados delitos a nivel mundial. Este proceso tuvo su culminación en el llamado Estatuto de Roma del 17 de junio de 1998, en el cual se dio vida a un tribunal penal internacional, y en su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 después de que el 11 de abril del mismo año se completara el número de ratificaciones necesario consagrado en el artículo 126 del Estatuto.

En el Estatuto de Roma se elabora una codificación general del Derecho penal internacional que «precisa» materialmente este ámbito jurídico y que también establece reglas generales de punibilidad y de derecho procesal penal, elevando así la seguridad jurídica internacional en relación con los desarrollos que hasta ese momento se habían dado. El catálogo de delitos que el Estatuto contiene corresponde con el derecho penal internacional que venía legitimándose a través de la costumbre internacional. El significado del Estatuto de Roma no se agota, sin embargo, en la codificación de un Derecho penal internacional; con él se abre paso también, por primera vez en la historia, a la instauración de una jurisdicción penal internacional, algo que estaba restringido al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. De esta forma la ahora justicia penal internacional tiene unos fundamentos cuyo desarrollo va a estar a cargo de un organismo independiente (5).

En esta contribución nos adentraremos en la cuestión de la viabilidad de procesos de amnistía e indulto en un Estado a la luz de las competencias otorgadas a la Corte Penal Internacional. Para esto haremos primeramente algunas consideraciones generales en torno a la legitimación de la justicia penal internacional desde la perspectiva del individuo y del Estado (II), pues ellas cobrarán importancia cuando en el siguiente apartado se analice la procedencia de los procesos de amnistía e indulto de acuerdo a la situación jurídica actual (III). En íntima relación con lo anterior dedicaremos algunas líneas al análisis del así llamado delito político y su correcto entendimiento en el marco de la amnistía (IV).

(5) En general sobre el Estatuto de Roma, entre otros, AMBOS, K., «Der neue Internationale Strafgerichtshof ein Überblick», en: *NJW* 1998, pp. 3743 ss.; el mismo, «Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs», en: *ZStW* 111 (1999), pp. 175 ss.; también ROGGMANN, Herwig, *Die Internationalen Strafgerichtshöfe*, 1998; BRUER-SCHÄFER, A., *Der Internationale Strafgerichtshof*, 2001.

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN: INDIVIDUO Y ESTADO

El concepto de Derecho penal internacional, al igual que el de derecho penal estatal, envuelve la responsabilidad jurídico-penal de una persona determinada y no la del pueblo de un país o de una comunidad. A diferencia de este último, el Derecho penal internacional presupone la existencia de una relación jurídica entre la persona que actúa y la comunidad internacional, de un delito relacionado con ésta y de su consecuencia jurídica. Se trata de la reacción de la comunidad internacional ante delitos graves que afectan, por tanto, valores y principios jurídicos universales que atacan directamente a la comunidad internacional (preámbulo y art. 5, numeral 1 del Estatuto de Roma). La posibilidad de que, ante estos atentados, se reaccione con una pena internacional entra en conflicto con el derecho legítimo de los pueblos y de los Estados de regular sus propios asuntos (autodeterminación o soberanía). Este conflicto adquiere importancia con la instauración del mencionado tribunal; la posibilidad del juzgamiento de ciudadanos de un Estado cualquiera por un tribunal internacional plantea entonces interrogantes que afectan directamente a la relación entre el Derecho penal (internacional) y el Derecho internacional en general. No sólo se trata de cuestiones de delimitación de tareas y campos de actuación de estos ámbitos jurídicos, sino también de interrogantes relacionados con el individuo y la soberanía estatal, que cuestionan la legitimidad material de la justicia penal internacional. Si bien esta legitimación material es un tema complejo que además no es el objeto directo de estas líneas, consideramos procedente esbozar un par de ideas al respecto, pues la evidencia de normas penales internacionales opaca, en nuestra opinión, una carencia argumentativa y, de esta forma, etiqueta como derecho penal legítimo algo que el teórico de esta rama del derecho difícilmente reconocería como tal.

a) Desde la perspectiva del individuo resulta importante lo concerniente a la legitimación material de aquel derecho penal que desborda las fronteras de la organización estatal concreta; es decir, se debe cuestionar si el derecho penal (ahora) internacional argumenta coherentemente al individuo el por qué de su obligación frente a la comunidad internacional.

El Derecho penal internacional es una síntesis de Derecho internacional y de derecho penal, unión de premisas y valoraciones pertenecientes a campos jurídicos con fines y estructuras diferentes. Mientras el Derecho internacional, por ejemplo, trabaja con principios inherentes a la soberanía e igualdad de los Estados, el Derecho penal

se ocupa, como parte del ordenamiento jurídico de un Estado, de establecer las condiciones para la punibilidad de un determinado comportamiento ante la lesión de una norma jurídica. Entonces el Derecho Penal estatal actúa en una órbita diferente y mucho más limitada en la que el Estado obtiene la potestad derivada del ciudadano de reglar la vida en comunidad mediante normas jurídicas vinculantes ante cuya transgresión se puede reaccionar con coacción, en el ámbito penal con la instauración de una pena. En él la relación jurídica Estado-ciudadano es «cercana» y surge de una obra legitimadora concreta que conduce precisamente a la instauración del poder en manos del soberano y a la autorización para establecer normas penales que, por su parte, concretan las necesidades culturales de la comunidad en una época (de paz o de guerra) determinada. Por lo anterior no resulta sorprendente que la dogmática penal internacional haya aportado hasta ahora pocos fundamentos teóricos claros que sustenten la potestad punitiva por parte de un organismo internacional *frente a un ciudadano*. Las normas concretas del Estatuto de Roma tampoco aportan claridad al respecto; por el contrario, tal como allí están concebidos los tipos penales no se logra deslindar claramente entre un atentado contra la identidad de un pueblo y uno contra los valores internacionales. Al parecer, las razones políticas que están muy lejos de satisfacer las condiciones jurídicas del ciudadano del Estado, juegan aquí un papel preponderante.

Consideramos que esta objeción, aunque «sólo» sea en el marco de la teoría, debe ser aún meditada por la ciencia penal. *Aquí no pretendemos postular la inexistencia de una legitimación material tal*, y esto debe quedar claro; sólo queremos expresar que si ella existe, y aquí creemos que sí y que subyace a los criterios de la razón, esto es, a la necesidad de una justicia protectora de los derechos humanos, que además acoja las pretensiones de reivindicación de muchas víctimas etc., hay que poderla esbozar y enmarcar teóricamente en Derecho, y esto significa para el caso concreto que el campo de aplicación de la justicia penal internacional tenga como límites los *verdaderos* atentados contra el orden internacional y no delitos que en su desvalor difícilmente traspasan las fronteras del Estado (6). A lo anterior se añade otro interrogante, y es el de la legitimación de las normas del Derecho penal internacional. A continuación intentaremos evidenciar que éstas no tienen sustento en la existencia de un ordenamiento real, es decir, en uno que preserve una constitución normativa existente

(6) Excelente sobre esta cuestión KÖHLER, M., «Zum Begriff des Völkerstrafrechts», en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 11 (2003), pp. 435 ss.

con todas sus garantías, que proteja normas establecidas en la comunicación con anterioridad al hecho.

¿Cuáles son las exigencias que deben hacerse a una norma de Derecho penal internacional para que a una persona concreta le pueda ser reprochado un atentado contra este orden jurídico? Dentro de las muchas exigencias haremos aquí alusión solamente a la validez del principio jurídico-penal de legalidad. Hoy en día existe consenso acerca de la validez jurídica internacional del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pues él se encuentra consagrado en la mayoría de los catálogos internacionales de derechos humanos, es contado como elemento esencial del ordenamiento internacional y está expresamente consagrado en los artículos 22 a 24 del Estatuto de Roma. Este principio, que tiene como función nuclear limitar la imposición de una pena a aquellos atentados contra un determinado ordenamiento en vigor, esto es, contra negaciones de una constitución normativo-social existente, tiene en derecho internacional un carácter *sui generis* que no puede ser equiparado a su *corriente* entendimiento en derecho estatal.

En contraposición a la consagración de este enunciado en los ordenamientos nacionales modernos, el principio de legalidad del Derecho internacional supone la posibilidad de imponer penas con fundamento en normas jurídicas no escritas, y que devienen de la así llamada costumbre internacional. En derecho penal internacional este principio de sujeción a la norma reclama en consecuencia una determinabilidad, dicho con otras palabras, disminuida en relación con las exigencias normales de derecho estatal (como ejemplo claro de ello está el art. 22 número 3 del Estatuto de Roma).

Si bien ya esta diferencia causaría escozor al positivista empedernido, el problema no subyace en que la necesidad de descripción clara del hecho y su punibilidad con anterioridad a su comisión sea relativizada. La cuestión gira de nuevo en torno a la exigencia de una *existencia real* de la norma frente al individuo y para esto no basta con que la declaratoria de existencia sea emitida antes del hecho, sino que su existencia dependa de que la norma haya sido establecida en la comunicación *entre personas* con anterioridad al hecho (7). Como

(7) Cfr. JAKOBS, G., «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en: *Cuadernos de conferencias y artículos 24*, Universidad Externado de Colombia, traducción de Teresa Manso Porto, 2000, pp. 37 ss.; el mismo, «Crímenes de Estado - Ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática alemana?», en *Doxa 17-18* (1995), traducción de Pilar Giménez Alcover.

se puede apreciar, la posibilidad de aplicar normas de Derecho internacional no escritas, pero aún más importante, que no basen su existencia en la comunicación interpersonal con anterioridad al hecho plantea bastantes interrogantes que precisamente apuntan a cuestionar la legitimidad de dichas normas. A esto hay que agregar que la justicia penal internacional no dispone de una amplia jurisprudencia, que además de permitir la concreción de las normas, establezca reglas diáfanas en lo que concierne a la medición de la pena, etc. Si bien estos interrogantes parecen disolverse de nuevo en nuestro afán teórico y fundamentador, el lector atento advertirá que estas cuestiones anidan más allá de la teoría.

El que «exista» un ordenamiento penal internacional –aunque sea formal– conlleva la necesidad de mencionar el fin principal que debe ser perseguido con la pena. Con la instauración de una pena se busca confirmar de manera contrafáctica, esto es, en contra de lo ocurrido, la vigencia de una norma concreta que ha sido «menospreciada» por el autor que ha contrariado, de esta forma, las bases elementales de la coexistencia social; con ella se reprocha al autor la falta de motivación fiel al derecho (8), en el caso del Derecho penal internacional, al conjunto de normas que ha sido desarrollado internacionalmente a lo largo del tiempo, que contiene los fundamentos básicos de convivencia mundial pacífica y que protege la integridad de los valores internacionales. Dicho en pocas palabras: después del Estatuto de Roma se le reprochará al ciudadano la defraudación de las anteriores expectativas; se entenderá que él es persona a la luz del Derecho internacional, y que por tanto posee deberes y derechos frente a la comunidad internacional (9).

b) Desde la perspectiva de la soberanía de los Estados para el ejercicio de la jurisdicción penal dentro de su territorio, el establecimiento de una Corte Penal Internacional puede suscitar algunas cuestiones. Se trata del sometimiento a la jurisdicción internacional de un acontecimiento dentro del territorio de un Estado, es decir, se le impone una limitante al poder de ejercicio de la fuerza del Estado sobre su territorio. No se debe olvidar, sin embargo, que el poder estatal nunca ha sido ilimitado y que, por el contrario, son precisamente los principios impuestos por el derecho internacional los que

(8) Cfr. al respecto JAKOBS, G., «Sobre la teoría de la pena», en *Cuadernos de Conferencias*, Universidad Externado de Colombia, traducción de Manuel Cancio Meliá, 1998; también LESCH, H. H., «La función de la pena», en *Colección de estudios 17*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 1999.

(9) Al respecto BECKER, Astrid, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*, 1996, pp. 91 ss.

afectan directamente la soberanía estatal. Así, se tiene como limitante más importante el principio de no intervención en los asuntos internos de Estados soberanos; por consiguiente, un Estado no puede extender sin más el campo de aplicación de su Derecho penal a hechos ocurridos en el exterior: para ello necesita una clara relación personal o material entre el hecho y el Estado al que el Derecho penal se hace extensivo. Un Estado puede también limitar su soberanía penal –y este es el caso de la Corte Penal Internacional– en tanto sobre la base de los principios fundamentales del Derecho internacional haya una transmisión de competencias a un organismo legitimado institucionalmente para la persecución penal de nacionales.

Esta última cuestión de legitimación se traduce en los criterios de competencia de un tribunal penal internacional. Actualmente existen dos conceptos de legitimación (10): por un lado, el de la jurisdicción derivada y, por otro, el de jurisdicción universal o automática. Estos conceptos *en principio* no plantean interrogantes ya que se trata de la posibilidad que se arroga el Estado de transferir algún tipo de competencias a una organización internacional y, en el caso de la jurisdicción universal, de un principio reconocido internacionalmente para determinados organismos de la comunidad internacional. Los dos conceptos han sido acogidos por el Estatuto de Roma, aunque en el caso de la jurisdicción automática, supeditado a las remisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pareciese entonces que la transferencia de competencias no plantea problemas de pérdida de soberanía estatal ya que cada Estado transfiere así de manera voluntaria una parte de sus competencias originarias a un organismo internacional, en este caso la Corte Penal Internacional. Además la relación entre la jurisdicción estatal y la internacional está regida por el principio de complementariedad que estatuye la primacía de la persecución penal estatal con respecto a la internacional; determinados hechos serán competencia del la Corte Penal Internacional solamente cuando los Estados no estén en capacidad o simplemente no quieran perseguir penalmente a los posibles autores del hecho. Estos criterios de legitimación y competencia resultan favorables a la soberanía estatal, pues contribuyen a la salvaguardia de los intereses de cada Estado en particular. El que la Corte Penal Internacional sólo esté autorizada para conocer hechos cuando un ordenamiento jurídico estatal no sea efectivo es una garantía para evitar la impunidad en

(10) Cfr. sobre la «legitimación» en general de la justicia penal internacional, KÖNIG, K.-M., *Die Völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Straffjustiz*, 2002.

caso de graves violaciones de los derechos humanos en cualquier parte del mundo; la Corte Penal Internacional será algo así como un guardián de los derechos humanos. Es conveniente hacer referencia a las competencias estatales que pueden ser transferidas. El Estado no puede ceder más competencias de las que él mismo tiene y tratándose de la persecución penal serán solamente aquellas que derivan del principio de territorialidad reconocido internacionalmente y arriba mencionado; el artículo 12 numeral 2º letra (a) del Estatuto de Roma anuda a este principio. Esto partiendo del supuesto de que la potestad punitiva del Estado frente a sus miembros es *legítimamente* transmisible, algo así como que el principio de que *la souveraineté est inaliénable* actualmente tiene otro significado.

III. AMNISTÍA Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

Hasta ahora se ha hecho referencia a las cuestiones de legitimación que surgen en el marco de la competencia y jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Arriba también se mencionó que, si bien se pueden hacer serios reparos teóricos a estas competencias, no se desconoce que habrá seguramente algunos delitos que, por su trascendencia internacional, pueden legitimar a la Corte Penal Internacional para su conocimiento y juzgamiento. Entonces el criterio que consideramos debe ser seguido para la determinación de esta competencia, y que no nos hizo dudar de la legitimación de este tribunal internacional, es el contenido en el mismo preámbulo y en el artículo 5, numeral 1º, del Estatuto, acerca de la necesidad de que el hecho delictivo tenga trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

A pesar de esta diáfana expresión cuyo coherente y correcto desarrollo hubiera permitido una clara delimitación respecto de la actividad punitiva estatal, el Estatuto eleva pretensiones que van mucho más allá y que, de acuerdo a lo hasta aquí dicho, extienden la competencia del tribunal a delitos que afectan solamente a la seguridad interior de un Estado, que se enmarcan dentro de una guerra civil interna y cuyo tratamiento, sea éste castigo o perdón, puede llevar a corregir las causas siempre internas que llevaron a su comisión. Así las cosas, el Estatuto de Roma reclama para sí la posibilidad de decidir sobre la conveniencia de la reacción de un Estado ante los hechos ocurridos en su territorio y esto entonces en contra de la auto-organización interna, del principio de autodeterminación de los pueblos. Surge de nuevo el interrogante acerca de la legitimación. Con la aprobación

del Estatuto de Roma esta discusión cobra gran importancia, y en verdad teniendo en cuenta que los procesos de amnistía e indulto son una de las posibles salidas con que cuentan los países para solucionar las crisis políticas por la muchos de ellos atraviesan. Así las cosas, dedicaremos unas cortas líneas al análisis de la procedencia de estas figuras en relación con la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar los delitos cometidos actores de un conflicto armado interno.

a) El objetivo que el Estatuto de Roma persigue es evitar la impunidad ante lesiones graves de los derechos humanos en el territorio de un Estado. Una falta de punibilidad puede darse, no obstante, por diferentes motivos. Puede ocurrir que exista una complicidad de un régimen o de los órganos encargados de administrar justicia en un país con los autores de los delitos que atentan contra los derechos humanos. También se puede dar el caso de que esta falta de persecución penal sea una herramienta del Estado mismo para poner fin a un proceso de divisiones políticas internas de manera que se gesticione una «reconstrucción social». En este último evento se trata generalmente de formas de expresión de un, por decirlo así, perdón penal consagradas en la mayoría de las Constituciones, y que, entonces, también son parte del sistema de Derecho correspondiente.

Las amnistías y los indultos parten de la premisa de que hubo una violación del Derecho y de que a los autores se les protegerá de la persecución penal, en el caso de la amnistía mediante la extinción de la acción penal y en el indulto mediante la extinción de la pena. Históricamente los procesos de amnistía se han desarrollado de la mano de los crímenes de guerra, sin embargo también han sido utilizados para facilitar el restablecimiento de la paz en un país tras un conflicto interno (por ejemplo en Sudáfrica). Estos procesos no deben ser asociados sin más con una falta de punibilidad total, otras sanciones que no sean de carácter penal son perfectamente viables. A pesar de que existe consenso acerca de que estos tratamientos especiales son una cuestión eminentemente interna de los Estados, los nuevos desarrollos del Derecho internacional parecen excluir esta posibilidad o, por lo menos, crean dificultades para la legitimación jurídica de estos procesos. Los posibles efectos que pueden tener las amnistías sobre la competencia de la Corte Penal Internacional es una cuestión muy discutida; el hecho de que el Estatuto de Roma ignore por completo este tema y no se exprese sobre la viabilidad o no de un proceso semejante, en el que inclusive un Estado puede pasar de un régimen totalitario a uno democrático, es algo que ha sido criticado fuertemente, pues así se habría

aclarado uno de los interrogantes que hasta ahora no ha sido solucionado por la doctrina del Derecho internacional.

Más allá de la crítica que en este punto pueda hacerse, esta cuestión está íntimamente relacionada con el *deber* de la comunidad internacional de castigar graves violaciones de los derechos humanos. El Derecho internacional no sólo reconoce a la comunidad internacional la posibilidad de castigar delitos, sino que también la obliga a esto; este deber va dirigido en una primera instancia al país en cual se comete el delito y en lo que se refiere a violaciones graves de los derechos fundamentales se tiene como precedente una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 1988 (29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez) en la que se consagró que el Estado está obligado a evitar lesiones a los derechos humanos, a investigar indicios sobre la mismas, a identificar a los posibles responsables, a imponer las penas correspondientes y a indemnizar a las víctimas. Este deber es además reconocido en la literatura científica (11) aunque por estar relacionado con el derecho de la costumbre internacional se le pueda hacer reparos en lo que concierne a su fundamentación dogmática.

De lo anterior se deduce que la cuestión de si la Corte Penal Internacional debe acatar o no los procesos de amnistía gestados en la rama legislativa de un país determinado es algo muy diferente a la posibilidad de que se realice un proceso de esta categoría en concordancia con las reglas del Derecho material penal internacional (12). Es decir, no se debe confundir la competencia del tribunal para el juzgamiento de determinados delitos y la improcedencia de un proceso de amnistía. El estatuto de Roma no ofrece pauta alguna para determinar si los delitos cometidos y que son de su competencia pueden ser objeto de amnistía; una vez cometidos, su conocimiento es competencia del nuevo tribunal, así éste sea subsidiario. La viabilidad de la amnistía se debe entonces establecer de la mano de las normas del derecho penal material internacional y que contienen el deber punitivo arriba mencionado (13).

Lo determinante es el alcance del deber de los Estados para punir atentados contra los derechos humanos en su territorio, pues la renun-

(11) Por ejemplo, TOMUSCHAT, C., «The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals», en: *Festschrift para Helmut Steinberger*, 2002, p. 315 ss., 344.

(12) Cfr. DAHM, G./DELBRÜCKM J./WOLFRUM, R., *Völkerrecht*, tomo I/3, 2a. edición, 2002, p. 1017 s.

(13) Cfr. *ibid.*, p. 1016 s.

cia a dicha punición a través de un proceso de amnistía implicaría el desconocimiento de las obligaciones que se han asumido frente a la comunidad internacional a través del tiempo. En el campo de la protección de los derechos humanos a nivel internacional existía consenso de que el otorgamiento de amnistías es una cuestión eminentemente interna de los Estados y que estos procesos no atentan contra deber punitivo alguno. Sin embargo, como arriba se mencionó, fue en el caso Velázquez Rodríguez en que este punto de vista cambió y a partir de allí empezó a hablarse de una tal obligación; esta nueva opinión fue reiterada en algunas decisiones de la Corte Interamericana y se tiene hoy en día en la literatura científica como posición dominante especialmente en lo que concierne con el asesinato, desapariciones forzadas, tortura, atentados graves contra el Derecho internacional humanitario y el delito de lesa humanidad.

Se debe entonces aclarar el alcance del artículo 6, párrafo 2º, del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 en el que se establece la posibilidad de conceder amnistías a las personas que hayan tomado parte en un conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad por motivos de éste. El fin de este precepto fue, en su momento (1977), otorgar al Estado correspondiente las herramientas necesarias para lograr el resarcimiento de la paz interna y la reconciliación entre las partes integrantes del conflicto; sin embargo, hoy no se puede hablar de una autorización absoluta, y no se debe pensar que esta norma es de aplicación directa en la actualidad, pues sería contradictorio que ella autorizara procesos de amnistía que estén en contradicción con los deberes punitivos del Derecho internacional (14). Esta rama del Derecho ha evolucionado en los últimos años y es precisamente en lo que concierne a la aplicación de las reglas contenidas en los Convenios de Ginebra, que estaban referidas preponderantemente a conflictos internacionales, en donde se puede apreciar claramente un avance en la consolidación de principios aplicables a conflictos internos y, en esa medida, una estandarización en la protección de los derechos humanos. Dentro de los convenios de Ginebra es importante en este punto el artículo 3 común que define el estándar mínimo para la protección de derechos humanos en un conflicto armado interno, una novedad que implicó la aplicación de normas del Derecho internacional humanitario a los conflictos internos

(14) Así también HAMMEL, F. A., *Innerstaatliche Amnestien. Grundlagen und Grenzen aufgrund des internationalen Rechts*, 1993, p. 77; sobre los crímenes de guerra como limitante para el otorgamiento de amnistías, SÜSS, F., *Studien zur Amnestiegesetzgebung*, 2001, p. 206 ss.

de un país; es importante resaltar que tales normas no sólo estaban dirigidas directamente a los Estados, sino a todas las partes integrantes del conflicto armado interno. Estas normas fueron complementadas con el Protocolo II adicional, en el cual se detallaron las regulaciones para el conflicto armado no internacional mejorándose así el estándar contenido en el artículo 3 común. Si bien para el momento de la firma de los convenios y de los protocolos adicionales esta situación fue una innovación, la evolución del Derecho internacional ha mostrado que el contenido material del artículo 3 común es núcleo esencial para la protección de los derechos humanos en cualquier conflicto y que, por esto, no puede ser derogado sin más. El estándar mínimo humanitario para un conflicto no internacional establecido en dicho artículo común a los Convenios de Ginebra constituye parte esencial hoy en día del derecho de la costumbre internacional y fundamenta, por tanto, no sólo el deber punitivo de los Estados ante la violación de este estándar en un conflicto interno, sino también, según gran parte de la doctrina del derecho internacional, la posibilidad de perseguir universalmente las graves violaciones internas del derecho internacional humanitario a través de la justicia internacional y más ahora cuando el Estatuto de Roma acoge las pautas dictadas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (15).

Una interpretación del artículo 6, párrafo 2º, del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra acorde con los nuevos desarrollos del Derecho internacional implica que esta norma permite los procesos de amnistía siempre y cuando con ellos no se deje de cumplir con el deber punitivo de los Estados. Ya que este deber es desarrollo del Derecho material penal internacional, en especial de aquel para los conflictos armados no internacionales, de los Convenios de Ginebra y del estándar humanitario allí establecido, nos encontramos frente a una barrera infranqueable, que impone la protección de los derechos humanos y la persecución y castigo estatal frente a su lesión. Los procesos de amnistía que desconozcan este deber estatal no tendrán sustento jurídico frente al derecho internacional; la norma del Protocolo II adicional anteriormente mencionada no puede permitir lo que las normas que fundamentan deberes de punición prohíben (16).

(15) Al respecto, detallado, KÖNIG, K.-M., *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, pp. 342 ss. 383.

(16) AMBOS, K., *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» in südamerikanischen Ländern aus Völkerrechtlicher Sicht*, 1997, p. 209 ss.

Desde esta perspectiva cualquier proceso de amnistía que se realice por delitos que conforman un grave atentado al Derecho Internacional Humanitario, que además hacen parte del así llamado delito de lesa humanidad y que tocan dicho estándar mínimo humanitario no tendrá fundamento jurídico alguno.

b) La situación jurídica esbozada, esto es, la existencia del deber estatal y la posibilidad de perseguir universalmente las lesiones graves de los derechos humanos a través de la justicia internacional, y que, como afirmamos, es opinión dominante en la doctrina del Derecho internacional, no siempre es tenida en cuenta tratándose de la posibilidad de que un Estado lleve a cabo un proceso de amnistía; a pesar de que haya una situación jurídica definida no existe una posición doctrinal clara en relación con la amnistía (17). Lo único que parece ser indiscutido es que figuras como las leyes de punto final, las amnistías en blanco para cualquier delito, las autoamnistías o cualquier otra modalidad que tenga como propósito afectar los intereses directos de las víctimas son inadmisibles desde la perspectiva del Derecho consuetudinario internacional. El deber punitivo estatal puede admitir entonces excepciones con las cuales se busque la protección de los intereses superiores de la generalidad cuando estos intereses no se puedan garantizar de otra forma. Si bien la imposición y ejecución de una pena cumple funciones sociales importantes como, por ejemplo, la reafirmación de la validez del Derecho y, por tanto, del Estado de Derecho, el facilitamiento de las indemnizaciones civiles a las víctimas etc., estas funciones serán efectivas sólo en cuanto la realidad nacional permita el cumplimiento del ideal de persecución penal total. Este ideal es una utopía en aquellos casos en los que, por ejemplo, los autores de los delitos ejercitan una posición dominante en el Estado, situación que impediría que un proceso de reconciliación se realice sin su colaboración. Los aspectos económicos tanto en lo concerniente a la persecución de los delitos como en lo que toca con las indemnizaciones, pueden jugar también un papel importante.

La decisión que tome un Estado de conceder amnistías por determinados delitos (en la mayoría de los Estados se permite amnistías sólo por delitos políticos) va a cumplir así una función social específica y será aceptable desde la perspectiva del Derecho internacional sólo en cuanto con ella no se persiga directamente la falta de punibilidad sino cuando este mecanismo sirva como instrumento para alcanzar un fin social supremo o un deber como la paz, la reconstruc-

(17) WERLE, G., *Völkerstrafrecht*, 2003, número marginal 191, p. 76.

ción y reconciliación social, etc. A esto se suma que un proceso tal debe cumplir con unas determinadas condiciones para que pueda ser reconocido y no sea objeto de reparos por la comunidad internacional (18). Debe ser encaminado por una institución que cuente con la suficiente legitimación democrática para ello, por ejemplo, el congreso o parlamento del Estado y en él deben participar no sólo representantes de todas las partes que integran el proceso de crisis interna que quiere ser solucionado, sino también representantes de otras instituciones que tengan interés (organizaciones no gubernamentales, etc.). Un análisis completo de los hechos delictivos que no se van a perseguir, así como la determinación de responsabilidades en cada caso van a permitir que esta reconciliación se gesticione de verdad, ya que las víctimas tendrán certeza acerca de los hechos ocurridos (derecho a la verdad) y, de esa forma, un sentimiento de justicia, aunque sea disminuido. Con relación a las víctimas resulta importante destacar la necesidad de indemnizaciones aunque éstas, en caso de imposibilidad de una *restitutio in integrum*, sean solamente simbólicas. Además cuestiones prácticas como los medios económicos y científicos que permitan una seria, razonable y cualificada discusión deben estar garantizadas. En fin, se trata de una serie de condiciones que al fin de cuentas sólo buscan el *apoyo político* de la comunidad internacional y que no precisamente, como lo advertimos, parten de los fundamentos jurídicos que se han esbozado modernamente en la doctrina del Derecho penal internacional y que desembocarían, sin más, en la afirmación de un deber punitivo estatal.

c) Desde la óptica de la competencia de la Corte Penal Internacional para el juzgamiento de los delitos contenidos en el Estatuto de Roma y que sean objeto de amnistía en un país, no habrá otra alternativa de acuerdo con la situación legal existente que afirmarla. Una vez que el Estado correspondiente acoja dicho Estatuto, todo delito que afecte los tipos allí establecidos podrá ser de conocimiento de este tribunal en virtud de la competencia complementaria. Por esto, la decisión de un Estado de llevar a cabo un proceso de amnistía debe contar con el respaldo político no sólo al interior del Estado mismo, sino también frente a la comunidad internacional. El mismo Estatuto de Roma abre un espacio para juicios de conveniencia política; además de una posible interpretación del preámbulo en este sentido, el artículo 53, párrafo 1º, letra c) del Estatuto establece que el *Prosegu-*

(18) Cfr. algunas propuestas de GROSS, I., «Die Vereinbarkeit von nationalen Amnestieregelungen mit dem Völkerstrafrechts am Beispiel von Südafrika», en *Humanitäres Völkerrecht- Informationsschriften* 2001, pp. 162 ss.

tor, en la decisión de si inicia o no una investigación, debe analizar si ésta sirve a fines de justicia teniendo siempre en cuenta la gravedad del delito y los intereses de las víctimas. Además se podría pensar que una vez que el Estado conceda los beneficios de amnistía o indulto en cumplimiento de todas las formalidades y las necesidades materiales del caso concreto, de acuerdo con el mismo artículo 20 del Estatuto, la Corte ya no sería competente (19). Como se observa, se trata de interpretaciones jurídicas para resolver problemas eminentemente políticos que, como ya se ha dicho aquí, hacen dudar seriamente de la legitimación de dicho tribunal para el conocimiento de realidades nacionales.

IV. SOBRE EL LLAMADO «DELITO POLÍTICO»

No en vano hablamos hoy en día de nuevo sobre amnistía; ésta es, dicho gráficamente, una figura contemporánea de coyuntura política (20). Ella es, por tanto, una expresión de estados de excepción, ambiciona un fin determinado por la realidad temporal y espacial en la que es dictada. Mientras que las leyes del Derecho penal nacional buscan la protección de un ordenamiento existente, las leyes de amnistía están orientadas a la restauración del orden afectado: con ellas se conduce un proceso de carácter extraordinario. Su justificación no sólo apunta a motivos de justicia, el logro del bienestar, la protección de las costumbres de una comunidad, en fin, la felicidad de un pueblo es también parte integrante de ella. El alcance de la amnistía está determinado, entre otros elementos, por el catálogo de delitos que la ley respectiva consagra; se puede tratar de un catálogo positivo, en cuanto se mencione de forma taxativa los delitos para los cuales la amnistía tiene validez, o también puede darse un catálogo negativo cuando se señale claramente cuáles delitos quedan excluidos de esta posibilidad (21).

a) ¿Cómo define la doctrina del derecho el delito político? La complejidad de una definición está íntimamente relacionada con su carácter histórico, por lo que todos los intentos de definirlo han fracasado hasta el momento. La discusión sobre esta definición tiene su

(19) BRUER-SCHÄFER, A., *Der internationale Strafgerichtshof*, p. 349 s.

(20) MARXEN, K., *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, 1984, p. 3.

(21) SCHÄTZLER, J.-G., *Handbuch des Gnadenrechts*, 1992, p. 216 s.

origen y significado más práctico con el derecho de extradición; el carácter político de una acción punible, según la doctrina mayoritaria, excluye la posibilidad de extradición. En la época anterior a la Revolución Francesa se entendía como delito político un ataque grave al Estado y a la clase dominante; desde la época de los griegos y los romanos valía como delito político todo lo que el ostentador de poder consideraba como tal, por lo que es explicable que en la época pre-revolucionaria las monarquías europeas se solidarizaran entre ellas y extraditasen a sus detractores para así mantener intactas sus bases institucionales. Fue con la Revolución Francesa y con el éxito liberal cuando empezó a cambiar esta concepción y se reconoció que autores de delitos políticos, precisamente por el fin «altruista» que pretenden, no deben ser extraditados sin más a su país de origen.

Pero en el marco de la discusión sobre extradición subyace también el problema de la definición del delito político y que se refleja en que cada tribunal o gobierno determina en el caso concreto tal calidad. Una de las posibilidades es partir del presupuesto subjetivo, esto es, de la mano de los fines perseguidos por el autor; también se puede pensar en la estructura objetiva del delito y, en esa medida, en la naturaleza del objeto jurídico lesionado. Sin embargo, parece que la definición correcta tiende a orientarse al ataque antijurídico al poder estatal y a la totalidad de la organización constitucional persiguiendo un cambio en las instituciones estatales o el relevo de régimen existente con afectación o no del sistema político (22). Estas pautas generales, si bien abren un marco de discusión real, no solucionan tampoco el problema de definición; y es que como se advirtió, la dificultad de una definición exacta anida en el carácter político de esta categoría penal y de su utilización en la discusión sobre amnistía.

La discusión doctrinal sobre el delito político se manifiesta entonces, por un lado, en las concepciones que parten del *delito político absoluto*, considerado en la doctrina como aquel que de forma inmediata lesiona la existencia, la capacidad de acción, la seguridad, la organización política y los propios derechos del Estado, por ejemplo espionaje, traición a la patria, etc. También entre quienes afirman el delito político en su carácter doctrinal de *relativo*, esto es, interpretándolo de una forma más amplia e incluyendo así hechos punibles de la criminalidad común pero que de alguna forma están en relación

(22) Sobre la evolución de las concepciones sobre el delito político FELCHLIN, P., *Das Politische Delikt. Entwicklung, Problematik und Wandel im Auslieferungsrcht*, 1981, p. 33 ss.

con el ámbito de lo político (23). Tanto una concepción como la otra ofrecen serias dificultades al momento de definir lo político del delito en el caso concreto; los delitos políticos absolutos, ya que anudan a un mínimo estrictamente objetivo, pueden no coincidir claramente con los hechos específicos y dejar de valorar algunas circunstancias objetivas o subjetivas que precisamente afirmarían o negarían el carácter político. En el caso de los delitos políticos relativos, bien se tengan como *complejos* o *conexos*, esto es, bien se cumpla un sólo tipo penal pero que contiene los elementos de un delito político puro y uno común o se trate de dos tipos penales claramente deslindables en su lesión (24), habrá siempre una zona de inseguridad conceptual. La situación doctrinal expuesta lleva a dos conclusiones opuestas que para el caso objeto de análisis en estas líneas cobra importancia. O se afirma lo innecesario de una clara definición pues esto le quitaría espacio de decisión a un Estado determinado en el momento de determinar el verdadero carácter político de un delito, o se propugna por una definición tal para así lograr un deslinde respecto de las nuevas exigencias del Derecho (penal) internacional.

b) Estas exigencias han llevado a que en las últimas décadas haya consenso en el marco de la discusión sobre extradición de que aquellos delitos denominados «*International crimes*» deben ser excluidos de la categoría de delitos políticos y, en consecuencia, ser objeto de extradición (25); es decir, la definición, en este caso negativa, del delito político para efectos de extradición coincide con el desarrollo que en los últimos años ha experimentado el Derecho Internacional Humanitario y que expusimos arriba cuando se analizó la problemática del deber estatal de perseguir y juzgar determinados delitos. La cuestión que plantea la doctrina acerca de cuáles hechos punibles tienen carácter universal y, por tanto, no deben entenderse como políticos, se ve más o menos solucionada de la mano de los diferentes instrumentos internacionales que se han desarrollado hasta ahora, incluyendo el Estatuto de Roma. Si bien hay diversidad de opiniones doctrinales acerca de lo que se debe entender bajo esta categoría, se hace referencia también a su expresa consagración en algunos tratados internacionales con lo que puede decirse y para los efectos de esta líneas, que los delitos de lesa humanidad no pueden ser considerados crímenes políticos y, por lo tanto, pueden ser objeto de extradición.

(23) Sobre la doble interpretación doctrinal del delito político, STEIN, T., *Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten*, 1983, p. 62 ss.

(24) Cfr. al respecto *ibid.*, p. 67 ss.

(25) Detallado *ibid.*, p. 171 ss.

c) Aquí deben hacerse dos consideraciones importantes; por una parte, que la posibilidad de conceder amnistías es también reconocida y expresamente no prohibida por los instrumentos del Derecho internacional; más aún, la doctrina del Derecho (penal) internacional no se ha puesto de acuerdo acerca de la viabilidad de estos procesos de «perdón penal» (26). Se considera lo ventajoso que puede resultar un proceso de amnistía para un país, especialmente porque con éste se pueden cumplir los objetivos que el Derecho internacional humanitario mismo persigue. Además, se trata de ofrecer a un Estado el ámbito de actuación necesario para solucionar autónomamente los conflictos internos.

Por otro lado y desde la perspectiva de la amnistía, el concepto de delito político no puede ser limitado. Ni el desarrollo de esta figura en el ámbito de la extradición ni su utilización como pauta material en la amnistía permite hacer interpretaciones estrechas.

A pesar de que el entendimiento de delito político ha tenido una evolución diferente en estos dos ámbitos (27), algo sigue siendo común y es, precisamente, lo inconveniente que resulta una definición exacta, pues esto mermaría la capacidad de rendimiento de las figuras que anuden a este concepto y así no se cumpliría su función. El concepto de delito político en la extradición difiere dependiendo de cada Estado, y la consideración que de él allí se haga está orientada a las necesidades políticas del momento y de cada caso en concreto (28). Lo mismo vale para la amnistía; esta figura, que al principio tuvo carácter de «gracia», es hoy en día una «amnistía de fines» (29), ella es un instrumento jurídico-penal de política legislativa que, como se vio, por su carácter extraordinario persigue un fin específico en una época excepcional determinada. En este orden de ideas, el concepto «delito político» estará definido a través de los fines que con la amnistía se persigan. Siempre ha sido claro que las revoluciones que buscan un cambio en las instituciones de un Estado van acompañadas de numerosas actuaciones reprochables (el que se hable de delitos conexos es la respuesta doctrinal a esto), y no por esto ellas dejan de ser altruistas, siempre y cuando estemos ante un régimen democrático; ya lo afirmó Franz von Liszt también en relación con el delito político: «*Quien quiera hacer revoluciones tendrá que quitarse el guante de seda y en lugar de la campanilla presidial tomar en su*

(26) WERLE, G., *Völkerstrafrecht*, 2003, número marginal 191, p. 76.

(27) Cfr. FRANKE, D., *Politische Delikt und Asylrecht*, 1979, p. 15.

(28) Así también FRANKE, *ibid.*, p. 33.

(29) MARXEN, K., *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, p. 11 ss.

mano la espada y la antorcha; desde el salón de estudio o de banquetes sólo excepcionalmente se derrocan tronos o se modifican constituciones y, sin embargo, siempre se quebrarán un par de cráneos y cristales» (30). Amnistía y delito político son figuras que están condicionadas históricamente, y esto significa una remisión al entorno fáctico y valorativo dependiente de la dinámica social.

Lo anterior no debe despertar dudas acerca de la determinación jurídica del concepto de delito político. Este concepto será jurídicamente concreto en cuanto sea el mismo sistema del Derecho el que establezca su contenido en concordancia con su función (social) en general; la forma más soberana de ejecución del Derecho es el perdón. Como delito político o conexo con él se entenderá lo que para el momento histórico concreto el sistema del Derecho determine como tal. El sistema del Derecho penal está así en íntima relación con el sistema político de un país, por lo que podría decirse, y aunque suene obvio, que no hay nada más político en derecho penal que, precisamente, el delito político.

d) Un proceso de amnistía puede llevar inmediatamente a la reincorporación en la sociedad civil de personas pertenecientes a grupos armados al margen de ley; mediatamente y como fin supremo de un proceso semejante estará ante todo la felicidad de un pueblo, la posibilidad del disfrute del Derecho y deber «paz». El logro de este ideal será tarea y deber en el Estado y los mecanismos jurídicos aptos para ello las herramientas legítimas con que cuenta una comunidad para solucionar *sus* problemas graves y no los de otros. Los procesos de amnistía e indulto son cuestión eminentemente estatal y están condicionados por las posibilidades de cada Estado en particular para enfrentar los problemas internos concretos; precisamente por esta razón éstos no están deslegitimados frente a la comunidad internacional aunque con ellos no se consideren pautas y principios fundamentales que, como al principio fue mencionado, desde la perspectiva de la comunidad internacional protegen al individuo en una relación jurídica distante. También la comunidad internacional estará interesada en la solución correcta, pronta y eficaz de conflictos internos a nivel mundial; ella no puede permitirse otro «lamento eterno» como el que se escucha en relación con la catástrofe humanitaria en Ruanda, ante la cual hasta los más grandes organismos internacionales no fueron más que espectadores.

(30) LISZT, F. v., «Sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechts für die europäischen Staaten anzustreben? Wenn eventuell, welche?» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2 (1882), pp. 73 s.