

Amnistías y derechos humanos

Víctor M. Sánchez

PID_00196868



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. Definición	7
1.1. Elementos para una definición	7
1.2. Efectos jurídicos	9
2. Naturaleza y alcance	11
3. Breve historia de las amnistías	13
3.1. <i>Quaestio imperatoria</i> : Bartolomé de las Casas, amnistías, libertades naturales y pacto social	13
3.1.1. Libertades naturales y pacto social	14
3.1.2. Límites a los poderes del soberano: nulidad y validez de las amnistías fijadas en tratados de paz	15
3.2. Paz de Westfalia (1648): la amnistía como regla general	16
3.3. Guerras mundiales (s. XX): amnistías selectivas	20
3.4. Era de las Naciones Unidas: amnistías en el complejo mundo de los conflictos armados internos y de las transiciones políticas	22
3.4.1. Apogeo de los conflictos armados internos	22
3.4.2. El fenómeno de las amnistías internas	23
4. Amnistías: tensión máxima de valores éticos y normativos ...	25
5. Conclusiones	29
Bibliografía	31

Introducción

El texto que a continuación leeréis es un extracto del borrador de varios capítulos de un libro que estoy escribiendo. Si las musas se ponen de mi parte, y los niños duermen tranquilos después de un agotador día de verano, le pondré punto final a lo largo del mes de agosto del 2012 y podrá ver la luz este mismo año. El libro se titula "*...quedarán en perpetuo olvido*": *amnistías y derecho internacional*, y en él ofrezco un análisis pormenorizado de los problemas que plantea hoy día la concesión de amnistías como mecanismo jurídico para facilitar procesos de pacificación de sociedades que han vivido largos períodos de guerra –sobre todo interna–, o de opresión. En esencia, las amnistías por graves violaciones de los derechos humanos nos ofrecen un conflicto moral que el derecho no ha resuelto de modo unívoco. ¿Cuál es el "bien común" a priorizar en estas situaciones, reparar íntegramente a las víctimas, lo que implica el castigo penal de los vulneradores del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, u ofrecer puentes de plata que faciliten la transición del conjunto de la sociedad a modos más dignos de vida? Os confieso que mientras hago este extracto de la obra, lo pulo y reordeno para que nos sirva como lectura introductoria al tema de las amnistías y de los derechos humanos, sigo pensando y buscando luz, más luz, que ayude a trazar un camino en la espesa bruma. Si sois capaces de despojaros de prejuicios y trabajar lo más excelso de vuestra inteligencia, recordaréis para siempre esta conclusión de Kant:

"De la madera torcida de la humanidad, ninguna cosa recta se hizo nunca."

I. Kant (1784). *Idea para una historia universal en sentido cosmopolita*.

Objetivos

En el módulo didáctico que a continuación se presenta, el estudiante encontrará las herramientas básicas para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Aprender qué es una amnistía.
2. Analizar sus elementos definatorios y sus efectos sobre los derechos humanos.
3. Conocer su valor en las situaciones postconflicto en las que se aplica.
4. Disponer de las claves políticas y éticas que animan el debate sobre su validez o nulidad en derecho internacional.
5. Reflexionar sobre los efectos de optar por una u otra posición.

1. Definición

Junto con otras medidas, la figura de la “amnistía” ha sido utilizada con frecuencia en dos entornos sociales conflictivos de distinta naturaleza:

- En **sociedades sacudidas por guerras internacionales o internas**, como instrumento normativo de apoyo al establecimiento y mantenimiento de la paz perdida.
- En sociedades organizadas políticamente de un modo manifiestamente antidemocrático, como **vehículo de facilitación de un proceso de transición política nacional** hacia un modelo de ejercicio de los poderes públicos más respetuoso con las libertades individuales.

La amnistía conduce a la parálisis de la acción de la justicia. Según los casos, contra los beligerantes que cometen abusos punibles durante la contienda; contra las propias estructuras gubernamentales aficionadas a la violación de los derechos humanos civiles y políticos; o contra los grupos armados que ejercen la violencia contra las personas o contra las cosas por razones políticas, al grito de “lucha contra la dictadura y por la libertad”, la imposición de “dictadura del proletariado”, la “autodeterminación de los pueblos” u otras consignas revolucionarias según el espíritu de los tiempos y las circunstancias concretas que inspiren cada fenómeno.

1.1. Elementos para una definición

Etimológicamente, la palabra *amnistía* procede del griego antiguo (*#μνηστία*), que significa ‘el olvido de todo’. Se forma con el prefijo privativo *a-* y la raíz griega *mne-*, ‘mente’, ‘memoria’, ‘recuerdo’. La diferencia semántica entre *amnesia* y *amnistía* se sitúa en que la *amnesia* denota un “olvido general” de las cosas –cuando nos abandona Mnemosine, la diosa de la memoria y madre de las nueve musas– mientras que el término *amnistía* adquiere, desde sus primeros usos, un significado normativo específico: se refiere al “olvido legal de los delitos cometidos que extingue la responsabilidad de los autores”, como recoge el *Diccionario de la Lengua Española*. Pero técnicamente ¿en qué consiste un “olvido legal” de delitos? ¿Qué supone jurídicamente la “extinción” de la responsabilidad de los autores?

Cuando manifiesta su voluble espíritu la amnistía es una figura jurídica compleja. Traza sus efectos sobre múltiples ilícitos y personas, con una variada gama de consecuencias jurídicas. Esta idea se vislumbra con solo comparar

las definiciones de *amnistía* ofrecidas por el *Black's Law Dictionary (BLD)* y la *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)* de Bernhardt. En el *Black's Law Dictionary* se lee que *amnistía* es:

“A sovereign act of oblivion for past acts, granted by a government to all persons (or to certain persons), who have been guilty of a crime or delict, generally political offences (treason, sedition, rebellion), and often conditioned upon their return to obedience and duty within a prescribed time.”

La *EPIL*, más amplia en su enfoque, la define así:

“Amnesty clauses (...) signify the will of the parties to apply the principle of *tabula rasa* to past offences, generally political delicts such as treason, sedition and rebellion, but also to war crimes. As a sovereign act of oblivion, amnesty may be granted to all persons guilty of such offences or only to certain categories of offenders.”

- **Acto jurídico.** Lo común en ambas definiciones es el entendimiento de la amnistía como **acto con efectos jurídicos** – “sovereign act”, “clauses” – que comportan algún modo de olvido o tabla rasa de la responsabilidad por **delitos cometidos con anterioridad** a la declaración de la amnistía.
- **Alcance material.** En razón de su alcance material, estos delitos amnistiados serán usualmente de **carácter y naturaleza** esencialmente política – “generally political offences” –, como el delito de sedición o traición. Pero no cabe descartar que pueda afectar a otros delitos comunes, como el asesinato, **realizados por razones políticas**. Más aún, la definición de la *EPIL* menciona expresamente la posibilidad de que sus efectos se extiendan a “crímenes de guerra”, una categoría específica de *delicta iuris gentium*. Su alcance material resulta, así, aparentemente discrecional: corresponde a la voluntad de la que emana la amnistía determinar los crímenes amnistiados
- **Alcance subjetivo.** La amnistía puede ser, por razón de su alcance subjetivo, **general o restringida** – “to all persons (or to certain persons)” “to all persons guilty of such offences or only to certain categories of offenders” – Es decir, no tiene por qué tener como beneficiario final a todas las personas sospechosas, imputadas o culpables de los delitos amnistiados.

Miradas al detalle, ambas definiciones contienen diferencias de matiz de gran interés científico. ¿Quién otorga, concede o aprueba una amnistía? El *BLD* establece que el acto es otorgado (*granted*) por el Gobierno –en un sentido lato, como la autoridad gubernamental o legislativa pertinente–; la *EPIL* tiene más en cuenta la perspectiva internacional. Señala que puede ser acordada por la *voluntad de las partes*, expresión suficientemente amplia como para denotar tanto el acuerdo entre Estados, como vía de creación de amnistías, como el acuerdo entre beligerantes dentro de una guerra interna, o entre el Gobierno cuestionado y los insurgentes, etc. –aunque esta amplitud no parezca después fácilmente cohonestable con su calificación posterior como *sovereign act of oblivion*, expresión que remite a una voluntad unitaria, soberana y unilateral, y no a un acuerdo de voluntades entre iguales. Por lo demás, la definición del *BLD* incorpora la idea de que las amnistías son parte de un negocio jurí-

dico-político más amplio. Recuerda que con frecuencia están condicionadas a la satisfacción de ciertos requisitos –*conditioned upon their return to obedience and duty within a prescribed time*. La otorgación de la amnistía se hace, en general, de modo subordinado: al retorno a la obediencia, al abandono de las armas, a la renuncia al poder, a la celebración de elecciones democráticas, a la confesión de los hechos ante un órgano judicial o semijudicial, etc. El modo en que el *BLD* hace aparecer la condicionalidad peca por defecto también, en la medida en que vincula en exceso las amnistías a la idea de una concesión soberana unidireccional, más que al fruto de una negociación, como es usual dentro de guerras internacionales, guerras civiles o procesos de transición, y ser, por consiguiente, condicionadas con un alcance obligacional multidireccional: hacia los distintos beligerantes, hacia grupos insurgentes y fuerzas militares o policiales del Gobierno que han participado en su persecución, etc. La *EPIL*, al no mencionar este elemento, deja abierta la puerta a que las amnistías se concedan también de modo gracioso. Como veremos, no es un fenómeno infrecuente.

1.2. Efectos jurídicos

Formuladas estas precisiones, el mayor rango de oscuridad de la definición de *amnistía*, en ambos casos, se sitúa todavía en lo esencial: sus efectos como acto jurídico. ¿Qué quiere decir que se olvida la responsabilidad de los delitos, o se hace tabla rasa de esta? En este punto, ambas definiciones resultan confusas e insuficientes, al relacionar la amnistía en exclusiva con el olvido de la responsabilidad de las personas culpables: *to persons (...) who have been guilty of a crime*, lo que parecería asimilar los efectos de la amnistía a los del perdón o el indulto, en la medida en que se idearían en exclusiva para personas que ya han sido juzgadas y condenadas. Los efectos de la amnistía, en la mayor parte de los casos en los que se ha concedido, son otros más precisos y amplios. Aparecen mejor plasmados en la definición de amnistía ofrecida por Gil y Gil:

“(...) derogación transitoria de la ley, mediante la que a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía.”

Es decir, la amnistía deroga para un período de tiempo pasado la exigibilidad de normas, principalmente penales, y tiende a comprender cualquiera de estos efectos normativos:

- **Impedir, desde su entrada en vigor, el inicio e investigación de procedimientos penales** de persecución de los delitos amnistiados, beneficiando así a meros sospechosos.
- **Obligar a la suspensión y archivo definitivo de las causas penales en curso.** El beneficiario aquí sería el imputado o acusado, incurso en un pro-

cedimiento penal sobre el que no ha recaído sentencia. Y retroactivamente:

- **Anular la responsabilidad previamente establecida por los delitos amnistiados, por ser norma penal más favorable, pudiendo llegar incluso a la cancelación de los antecedentes penales.**

El indulto y las inmunidades personales

Así definida, la amnistía se distingue más correctamente de otras figuras afines: el **indulto o perdón**, que presumen la existencia de condena y eximen al condenado de toda o parte de la pena decidida, sin cancelar sus antecedentes; y las **inmunidades personales**, que en derecho internacional protegen a los jefes de Estado, los ministros de asuntos exteriores y los diplomáticos, dado que estas no eximen de la responsabilidad por los crímenes, como ha precisado la CIJ en el asunto de la **orden de arresto**, sino que solo funcionan como un obstáculo a su persecución por tribunales extranjeros.

2. Naturaleza y alcance

Conforme al sentido dado a esta palabra, el conjunto de amnistías existentes muestran, además de su concesión abundante, una gran variedad tipológica atendiendo a su naturaleza política y jurídica. La heterogeneidad se proyecta sobre:

- la **situación política** a la que responde, que determinará la **condicionalidad o liberalidad** en su reconomiento;
- la **naturaleza jurídica** del acto de aprobación de la amnistía;
- el **alcance subjetivo** de las mismas, y
- su **alcance material**.

Todos estos elementos proponen planos de estudio jurídico-político relevantes. En general, la heterogeneidad de la textura política y normativa que aportan impide realizar aseveraciones universales en esta materia. Ilustrativamente, una amnistía de naturaleza internacional, por ejemplo, aprobada mediante un **tratado internacional celebrado entre Estados** no va a disponer de los mismos efectos sobre el derecho internacional que una amnistía concedida mediante un **acto normativo interno**. En el primer caso, se debe hacer frente, entre otras cuestiones, a las que se derivan de las relaciones entre tratados, conforme a las reglas específicas que emanan del Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de tratados, en especial su artículo 30, relativo a la sucesión de tratados, o a los efectos de un tratado posterior sobre una costumbre anterior, en este caso, las que guarden relación con las obligaciones internacionales de reparar. Mientras que una **amnistía concedida mediante actos internos**, o a caballo entre el derecho internacional y el derecho interno –los acuerdos *sui generis* entre beligerantes–, obliga a estudiar con detalle los efectos de estas normas como base para el incumplimiento del derecho internacional, habida cuenta, por ejemplo, de lo que indica el artículo 27 del mismo Convenio sobre **el derecho interno y la observancia de los tratados**:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Igualmente, una amnistía, de uno u otro origen, que se proyecta sobre delitos estrictamente internos no tiene tampoco los mismos efectos internacionales que una que afecte a crímenes internacionales. Estos, al quedar tipificados por el derecho internacional y generar obligaciones internacionales de persecución, parecen disponer de una mayor intangibilidad a la actividad normativa

interna del Estado, además de la situación específica que genera su hipotética persecución por terceros Estados en ejercicio del principio de jurisdicción universal; o en su caso, por tribunales internacionales.

Así, la pluralidad de contextos, modos y formas en los que se ha visto florecer estas amnistías se transforma en la convergencia de una multitud de normas internacionales que afectan a su validez, alcance y límites.

3. Breve historia de las amnistías

Como se hace eco Ntoubandi, la concesión de amnistías con posterioridad a una guerra consta en los relatos de las más remota antigüedad. Jenofonte, en las *Helénicas*, explica cómo, a la finalización de la Guerra del Peloponeso (404 a. C.) que dio la victoria a los espartanos sobre los atenienses, el Gobierno provisional de los “Treinta tiranos” que se estableció en Atenas inició una política de persecución de los rivales expropiando, ejecutando o proscribiendo a miles de oponentes. Trasíbulo, general ateniense, inició con éxito una revuelta que finalizó con el derrocamiento de los “Treinta tiranos”. Tras la toma del poder, puso en vigor una amnistía para todos los atenienses que habían participado en la comisión de daños y ofensas en cualquiera de los bandos enfrentados, a excepción de los “Treinta tiranos” y los participantes en otros altos órganos de su poder. Hizo jurar a todos los atenienses respetar la amnistía y ejecutó a la primera persona que vulneró la amnistía. Con la amnistía se quería borrar de la memoria la guerra civil imponiendo su olvido legal.

La misma figura aparecería con frecuencia en situaciones conflictivas posteriores. Ahora nos interesa entender cómo se incorpora al derecho internacional en el momento de su gestación, esto es, en el marco de la creación del sistema europeo de Estados, y cuáles son las razones que lo avalan. La primera reflexión jurídica al respecto la encontramos entre uno de los fundadores del derecho internacional como ciencia, y padre también de la doctrina de los derechos humanos, fray Bartolomé de las Casas (s. XVI), el venerable obispo de Chiapas. Frente a él, otras figuras como Grocio (s. XVII) o Vattel (s. XVIII) representaron la conocida obra: humanistas contra estatistas; la dignidad del individuo como centro del derecho frente al Estado como Dios pagano omnipotente a cuyo derredor gira todo.

3.1. *Quaestio imperatoria*: Bartolomé de las Casas, amnistías, libertades naturales y pacto social

Lógicamente, cuando la amnistía se concluía tras una guerra internacional, son cuestiones internacionales y actos normativos internacionales celebrados entre soberanos los que la cristalizaban. Las cláusulas de amnistía quedan lejos de ser un fenómeno extraño o periférico del derecho internacional de raíz europea. *All novelty is but oblivion*, como escribe Francis Bacon (*Essays*, LVIII). La escasamente estudiada *Quaestio imperatoria* (1561) de Bartolomé de las Casas nos hace ver que su inclusión en los tratados de paz ya era usual por entonces. Y ello hizo que el venerable obispo de Chiapas las incluyera en sus reflexiones.

Lo más fascinante de esta obra prácticamente desconocida es la plena actualidad de los conceptos filosóficos, políticos y jurídicos que propone. A través de ellos, se interroga *inter alia* sobre la validez y efectos de las amnistías. El gran

defensor de las libertades naturales del individuo frente a la ambición del poder terrenal disemina ordenadamente todos los elementos del debate presentes sobre el tablero de juego intelectual más actual. ¿Son válidas las amnistías incluidas en tratados de paz? ¿Puede disponer el soberano de los derechos de los que son titulares sus súbditos? Bartolomé de las Casas, junto con Francisco de Vitoria (s. XVI) y Francisco Suárez (s. XVII) son los precursores de las teorías de las libertades individuales y el pacto social, el modo moderno de configurar legítimamente las relaciones entre el individuo y el Estado. No es posible ahora detenernos en los matices que emergen de cada uno de ellos, pero sí podemos presentar las razones que conducen a fray Bartolomé a declarar nulas, en general, las amnistías, y también a deducir qué razones las convertirían para él en válidas.

3.1.1. Libertades naturales y pacto social

De modo analítico y conciso, B. de las Casas deriva de la libertad natural del hombre la fundamentación de cualquier poder ejercido por el soberano. El párrafo IV de la *Quaestio imperatoria* lleva por título “Pacto constitucional sobre contribuciones” y desarrolla la idea del pacto social como base de las limitaciones a la libertad natural de todo individuo, a la que en ningún caso se renuncia de modo absoluto, y de la traslación de potestades de gobierno a ciertas instituciones, y no a ciertas personas individuales, con el fin de que estas procuren el bien común y la felicidad:

“Ninguna sujeción, ninguna servidumbre, ningún trabajo puede imponerse al pueblo si este no lo consiente primero voluntariamente.

Como todos los hombres fueron libres en el principio, sucediendo lo mismo a todas las cosas, resulta por consecuencia que toda subordinación de los hombres a un príncipe, y todo gravamen sobre las cosas comenzase por un pacto voluntario entre los gobernados y el gobernante. De lo contrario resultaría que la potestad gubernativa del soberano, y la sujeción de las cosas a la contribución habrían comenzado tiránicamente por medios violentos opuestos al derecho natural (...) la existencia de reyes, príncipes, magistrados, y toda su potestad para gobernar, y para imponer contribuciones deben su origen a la voluntad libre de los pueblos que quisieron aquel establecimiento para procurarse por ese medio la felicidad (...) la libre voluntad nacional es el único principio inmediato y origen verdadero de la potestad de los reyes y de los príncipes, y su única causa efectiva.(...)

No es menos claro que la nación, explicándose libremente, fue también la única verdadera causa final, y objeto de aquella traslación de poder; pues no la hizo sino para proporcionarse así el bien común; de lo que no tuvo jamás intención de renunciar su libertad, ni de sujetarse a dominación, ni de que aquel cesionario les impusiera cargas, gravámenes y contribuciones contra la voluntad de los que la habían de soportar; ni la de que pudiese hacer nada que fuese capaz de producir daño al común de la nación.”

En esta sección de la vislumbradora *Quaestio imperatoria*, fray Bartolomé afirma que el origen de las potestades que ejerce el soberano no se encuentra de modo directo en la voluntad de Dios, como se proponía por entonces desde el pensamiento reformista y absolutista, sino en la voluntad de los hombres titulares de libertades individuales, que **pactan** –modo de constitución del poder – trasladar las facultades que se derivan de su libertad individual a una institu-

ción para que promueva colectivamente el **bien común** y la **felicidad** –fin al que deber ordenarse el ejercicio del poder público de los gobernantes con respecto a los que pasan a ser gobernados, sin perder sus libertades individuales.

3.1.2. Límites a los poderes del soberano: nulidad y validez de las amnistías fijadas en tratados de paz

¿Cuál es entonces la relación del rey con el territorio bajo su jurisdicción? ¿Hasta dónde alcanza su poder terrenal conforme al pacto constitucional? Más en concreto, ¿puede renunciar libremente a los derechos básicos de sus súbditos por medio de un tratado celebrado con otro soberano?

Dado que para fray Bartolomé el rey no ostenta en propiedad los territorios sobre los que gobierna, sino que únicamente ejerce sobre ellos potestades jurisdiccionales, no queda dentro de su competencia la posibilidad de enajenarlos libremente. El párrafo III “Derecho de los reyes en cuanto a las tierras propias de personas particulares” inicia así este razonamiento:

“el rey solo tiene jurisdicción o potestad sin señorío, y aquellos están sujetos a la autoridad real, no precisamente como tenedores de tierras sino conforme a la ley y no más (...) Las frases que los emperadores y reyes acostumbran a usar, diciendo mi imperio, mi reino, y otras que manifiestan propiedad del reino, o del imperio, solo significan soberanía, potestad, jurisdicción, autoridad soberana para gobernar, no dominio, señorío, ni propiedad de los objetos de que se trate.”

En los párrafos XII “Sobre enajenaciones de pueblos y su jurisdicción”, y XXIII, “Sobre el consentimiento de la Nación”, determina por consiguiente la nulidad de estos trasiegos de territorios, tan frecuentes en los tratados de paz, sin el consentimiento de la nación, es decir, de los pueblos afectados por esta circunstancia:

“Ningún rey ni príncipe soberano tiene poder para donar, ceder, permutar, vender, ni enajenar de modo alguno las ciudades, villas, aldeas, lugares, castillos fortalezas, ni otra población de su reino, ni para transigir o hacer otro género de composición sobre el señorío de tales objetos, sin haber pedido, y conseguido antes el consentimiento de los habitantes del pueblo enajenado; y si lo hiciera sin esta circunstancia, peca mortalmente y el acto es nulo por derecho (...).

No pudiendo el rey enajenar por sí solo el reino, ni parte alguna suya, puede verificarse muy bien algún caso en que la enajenación sea útil al común de los súbditos, y entonces los medios legítimos para el objeto son los de obtener el consentimiento de los naturales interesados.”

Esta separación entre **jurisdicción y propiedad**, la salvaguarda frente al poder soberano de una **esfera de derechos y libertades individuales no sometidos a su disposición**, es la que conduce a fray Bartolomé a rechazar *ad minus* la posibilidad de que los soberanos puedan disponer mediante tratados internacionales sobre los derechos de reparación que corresponden a sus súbditos como consecuencia de los daños que la guerra haya causado en sus derechos y libertades naturales:

“No teniendo facultad un rey para establecer una ley en virtud de la cual se puedan quitar las propiedades particulares, ni donarlas o transferirlas sin consentimiento de los súbditos que posean el dominio, se sigue forzosamente que tampoco la tiene para tomársela por sí mismo: por lo que si un rey pacta con otro en un tratado de paz, que los daños causados en la guerra precedente a personas particulares de ambos reinos no se compensen, y que los damnificados carezcan de acción para pedir resarcimiento, el pacto es nulo, y los súbditos están habilitados por derecho para usar de sus acciones, por haber dispuesto los reyes de lo que no era suyo ni sujeto a su potestad, como lo aseguran y prueban los mismos canonistas y otros muchos escritores.”

Las cláusulas de amnistía serían nulas, en general, con una excepción coherente con la teoría del pacto social: solo el “consentimiento de los súbditos” podría erradicar ese vicio de nulidad subsanable.

3.2. Paz de Westfalia (1648): la amnistía como regla general

¿Cómo trató la Historia las ideas de fray Bartolomé? A juzgar por el contenido final de los tratados internacionales de paz, cayeron en saco roto, por el predominio durante largo tiempo de las ideas absolutistas relativas a la configuración de los poderes políticos.

Grocio escribe la primera edición de su *De Jure Belli ac Pacis* en 1625. Lo más relevante a nuestros efectos es ver las restricciones que él mismo acepta a sus conocidas afirmaciones sobre el *ius in bello*. En su “Libro tercero” recoge un conjunto amplio de reglas que hoy encajamos en el *ius in bello*, es decir, el derecho que limita la conducta de los beligerantes en una guerra. Cuando la guerra, por razón de su conducción, se vuelve injusta, afirma en su capítulo X **la responsabilidad** del Estado, de los oficiales y de los soldados por los males causados:

“IV. Who are bound to make restitution, and to what extent.

Furthermore, according to the principles which in general terms we have elsewhere set forth, those persons are bound to make restitution who have brought about the war, either by the exercise of their power, or through their advice. Their accountability concerns all those things, of course, which ordinarily follow in the train of war ; and even unusual things, if they have ordered or advised any such thing, or have failed to prevent it when they might have done so. Thus also generals are responsible for the things which have been done while they were in command ; and all the soldiers that have participated in some common act, as the burning of a city, are responsible for the total damage. In the case of separate acts each is responsible for the loss of which he was the sole cause, or at any rate was one of the causes.”

Pero el capítulo XX del mismo libro, titulado “Sobre la buena fe de los Estados”, por la que la guerra finaliza, descubre el contrapunto realista y generalizado por la práctica entre los estados, cuando indica que *wars are well ended when they terminate with pardoning*. Es la razón de Estado, la salvaguarda del “interés general”, la causa que subyace a esta propuesta de *lege ferenda*. Después de la guerra, la amnistía –aunque no use expresamente este término– es una limitación válida a los derechos individuales en pro del interés general del mantenimiento de la paz:

“VII. In arranging peace the property of subjects can be given up for the sake of the public advantage, but with the obligation of making good the loss.

1. This question also is frequently discussed : in the effort to secure peace, what conclusion regarding the property of subjects may be adopted by kings who have no other right over the property of their subjects than that inhering in the royal power ?

I have said elsewhere that the property of subjects belongs to the state under the right of eminent domain; in consequence the state, or he who represents the state, can use the property of subjects, and even destroy it or alienate it, not only in case of direct need, which grants even to private citizens a measure of right over others' property, but also for the sake of the public advantage; and to the public advantage those very persons who formed the body politic.

2. But, we must add, when this happens, the state is bound to make good at public expense the damage to those who lose their property; and to this public levy the person himself who suffered the loss will contribute, if there is need.”

Y esta situación se concibe tanto sobre reclamaciones patrimoniales como penales, públicas o privadas:

“XV. In case of doubt damages caused by war are considered as remitted. If no other agreement has been made, in every peace it ought to be considered settled that there shall be no liability on account of the damages which have been caused by the war. This is to be understood also as to damages suffered by private persons; for such damages also are the result of war. In case of doubt it is presumed that the belligerents intended to make such an agreement that neither would be condemned as guilty of injustice.”

[...]

XVII. In case of doubt also punishments, which were publicly due before the war, are considered as remitted. (...) For this right, in so far as it concerns kings or peoples, ought to be considered as held in abeyance, from fear that the peace will not be a perfect peace if it leaves the old causes for war. Wherefore acts not known will also here be included under the general terms, as the case of the Roman traders who, as Appian relates, were drowned by the Carthaginians without the knowledge of the Romans. Dionysius of Halicarnassus declares that the best reconciliations are those which do away with the anger and the remembrance of the injuries. In his Plataic Oration Isocrates says : ' In peace it is not fitting to follow up former wrongs.'

XVIII. What of the right of private persons to inflict punishments ? As to the right of private persons to inflict punishment, the reason is not so strong for thinking that it should be held in abeyance, because it can be enforced through the courts without war. Nevertheless, since this right is not so clearly ours as that which arises from inequality, and punishments always cause hatred, a slight extension of the scope of the words will suffice to suggest that this right also may be understood to have been given up.”

Así, sabemos que las guerras continuaron en gran número, y tras ellas, los tratados de paz, y con los tratados de paz, las cláusulas de amnistía. Los tratados de paz principales celebrados desde principios del siglo XVII hasta finales de siglo XIX incorporaron de modo casi invariable cláusulas que, con uno u otro alcance, recogen la “amnistía”, “perdón”, u “olvido”, de los crímenes y daños que se hubieran cometido en los tiempos de guerra que persiguen cicatrizar. Se trata en todos los casos, por su ubicación, de una pieza jurídica clave para conceder robustez política a la suspensión de las hostilidades cuyas condiciones se cerraban en los tratados de paz. La *ratio* que anida en su aprobación no es en nada distinta a la que aboga hoy día por la incorporación de amnistías a procesos de pacificación interna o de transición nacional, y que se opone a las razones en las que se apoya fray Bartolomé. Se debe evitar que la herida de la

guerra vuelva a abrirse, y dar al perpetuo olvido cualquier motivo que pueda incitar el reinicio de las temidas hostilidades. El art. II del *Tratado de Osnabrück* (1648) que insta la "Paz de Westphalia" establece expresamente que:

"Habrà de ambas partes un perpetuo olvido, y perdón general de todas las hostilidades, que desde el principio de estos movimientos se han hecho recíprocamente, en cualquier lugar, o modo, por una u otra parte; de suerte que ni por causa o pretexto de ellas, o de alguna otra cosa, haga uno a otro de aquí en adelante, o permita que se haga alguna hostilidad o perjuicio, molestia o impedimento en cuanto a las personas, Estado, bienes, o seguridad, por sí o por otros, oculta o manifiestamente, directa o indirectamente, por vía de derecho o de hecho, en el Imperio o en alguna otra parte fuera de él, no obstante cualesquiera pactos, que hayan precedido en contrario; sino que recíprocamente todas y cualesquiera injurias, violencias, hostilidades, daños y gastos hechos por una y otra parte, antes y durante la Guerra, de palabra, por escrito o de hecho, sin consideración de personas o cosas, serán abolidos de tal modo, que todo lo que con este pretexto pudiere pretender uno contra otro quedará en perpetuo olvido."

Los hechos amnistiados no eran de una naturaleza distinta, por su crueldad, a los que podrían ser objeto de amnistía en la actualidad. El uso además de las palabras *perpetuo olvido* o *perdón*, remitía a la idea del mayor rango de efectos normativos posibles: perdón de los condenados por estos actos durante la guerra, de uno u otro lado, y consiguiente liberación; olvido de los hechos no enjuiciados; archivo de cualquier proceso pendiente de solución. Todo modo de reparación particular o público –incluso el de carácter patrimonial– quedaba negado y sometido al bien común. Cualquier reclamación de Estado a Estado, o de los particulares entre ellos, o de un particular frente a un Estado, suponía un peligro para la paz tan arduamente lograda que no merecía la pena considerar. Es muy claro también, en este sentido, el art. 4 del Tratado de los Pirineos (1659) que pone fin a la guerra entre Francia y España, donde hasta la manifestación del "sentimiento" de daño u ofensa queda proscrito:

"Todos los motivos de enemistad o mala correspondencia quedarán extinguidos y abolidos para siempre; y todo lo que se hubiere hecho, y pasado con motivo de la presente Guerra, o durante ella, será puesto en perpetuo olvido, sin que se pueda directa ni indirectamente, hacer averiguación de ello por justicia, o de otro modo, con cualquier pretexto que sea; ni sus majestades, o sus vasallos, criados y adherentes de una ni otra parte puedan manifestar ningún género de sentimiento de todas las ofensas y daños que pudieren haber recibido durante la Guerra."

Cláusulas de amnistía

Sin ánimo de exhaustividad, en el derecho internacional clásico encontramos cláusulas de amnistía en:

- El art. 2 del Tratado de Paz, Alianza y Comercio entre España e Inglaterra de 1604.
- El art. III del Tratado de Nimega (Nimeguen o Nijmegen) de 1678, entre España y las Provincias Unidas.
- El art. III del Tratado de Ryswick de 1697, entre el Rey de España y el Emperador.
- El art. II del Tratado de Aquisgrán (Aix-la-Chapelle) de 1748, que finaliza la Guerra de Sucesión de Austria, firmado por Gran Bretaña, Francia, Holanda y España.
- El art. I del Tratado de Paz de París de 1763, entre España y Gran Bretaña, que finaliza la Guerra de los Seis Años, al que accedió posteriormente Portugal.
- El art. VI del Tratado de París de 1783, entre Gran Bretaña y EEUU, que pone fin a la guerra de independencia de los EEUU.

- El Tratado de Viena de 1809 (o Tratado de Schönbrunn), entre Francia y Austria, que puso fin a la guerra de la Quinta Coalición durante las Guerras Napoleónicas, con una cláusula de perdón en el art. X para los insurrectos de Tyrol y de Vorarlberg.
- El art. XVI del Tratado de Paz de París entre España y Francia (1814).
- El art. XI del Acta del Congreso de Viena (1815).
- El art. II del Tratado de Adrianópolis (1829), que pone fin a la Guerra Ruso-Turca (1828-1829), y precede a la independencia de Grecia.
- El art. 5 del Tratado de París de 1856, por el que se pone fin a la Guerra de Crimea.
- El art. XVII del Tratado de San Stefano de 1878, que finaliza la tercera Guerra Ruso-Turca.

Es cierto que no todos los tratados internacionales de paz de la época contienen cláusulas de amnistía. Pero, si atendemos a las palabras de Vattel (s. XVIII), esta ausencia de cláusulas de amnistía no era concluyente en cuanto a la existencia o no de amnistías *de facto*. El gran filósofo, diplomático y jurista suizo hizo suyas las razones, el valor y el alcance de las amnistías acordadas en los tratados de paz y presumió de modo general su existencia y validez, incluso en caso de silencio:

"La amnistía es un olvido perfecto y total de lo pasado, y como la paz está destinada a anular todos los motivos de discordia, este debe ser el primer artículo del tratado, y es como se acostumbra en el día; pero aunque en el tratado no se dijese una palabra, la amnistía se comprende en él necesariamente por la naturaleza misma de la paz."

Ya en el siglo XIX Pando, en sus *Elementos del derecho internacional*, reitera esta posición, añadiendo un matiz que da más sentido aún a estas cláusulas. Los tratados de paz son una transacción que no persigue resolver quién tiene mejor derecho. Son un compromiso entre beligerantes sobre lo que cada cual acepta para abandonar la persecución de sus pretensiones por la fuerza:

"9. El tratado de paz debe considerarse como una transacción, en que no se decide cuál de las dos partes ha obrado injustamente, ni se sentencian con arreglo a derecho las controversias que los diversos actos de hostilidad pueden haber excitado; sino se determina de común acuerdo lo que debe darse o dejarse a cada uno para que de allí en adelante queden extinguidas sus pretensiones.

10. (...) La amnistía u olvido completo de lo pasado va envuelta necesariamente en él, aun cuando esto no se exprese, como casi siempre se hace en el primer artículo."

¿Qué más se puede decir de estas cláusulas? El cese de hostilidades y la negociación de los tratados de paz se hizo casi siempre en situaciones en las que las partes en la guerra podían materialmente continuar con las hostilidades, sin que hubiera posibilidad de victoria total de ninguno de ellos a corto plazo. Incluso cuando se firma el Tratado de París (1814), que daba fin a las Guerras Napoleónicas y precedía al Congreso de París (1815), Francia no había sido completamente derrotada, y el conflicto armado podría haberse prolongado. De ahí la importancia fundamental que se otorga a las amnistías como parte del pacto de finalización formal de la guerra. De ahí también que, en la mayor parte de estos tratados, la amnistía figure en sus disposiciones iniciales como pórtico de la paz. Y de ahí, por último, su generosidad.

Tratados de paz sin cláusulas de amnistía

No se encuentran en el Tratado de Utrecht (1713), que pone fin a la Guerra de Sucesión española; el Tratado de Campo Formio (1797), entre Francia e Italia; los Tratados de Luneville y de Amiens (1801), entre Austria y Francia, y entre Gran Bretaña y Francia de 1802; el Tratado de Pressburgo (1805), entre Francia y Austria; o el Tratado de Tilsit (1807), entre Rusia y Francia

Llegados a este punto, es erróneo creer que las amnistías internacionales, estas, fijadas por medio de las fuentes propias del derecho internacional, son un fenómeno en exclusiva del pasado remoto. También ha formado parte integrante de los tratados definitivos de paz que emergen a la conclusión de las dos guerras mundiales, aunque de otro modo.

3.3. Guerras mundiales (s. xx): amnistías selectivas

Cláusulas de amnistía figuran también recogidas en tratados de paz del siglo xx. Sí. De hecho las encontramos en los principales tratados de paz celebrados para dar conclusión a la I y II Guerra Mundial, a pesar de que ambos momentos históricos entroncan con los albores de la responsabilidad individual por crímenes internacionales. Tales amnistías no hacen distinciones tampoco en el tipo de criminalidad amnistiada, fueran delitos políticos, comunes o internacionales. En algún caso, como se expondrá, solo se diferenciaban de las anteriores por un elemento, **el alcance selectivo con que se otorgan**: a quién se amnistiaba y quién, por el contrario, debía pagar por sus actos criminales ante los tribunales nacionales o internacionales.

Ciertamente, ninguna de las dos grandes guerras del siglo xx, a diferencia de las anteriores, finaliza con la incorporación de cláusulas de amnistía generales para los contendientes en los tratados de paz. Se trata de un indicio engañoso de cambio de paradigma al respecto. Es sabido que la Primera Guerra Mundial se cierra con el Tratado de Versalles (1919), en cuyo artículo 227 se establece la responsabilidad criminal del kaiser Guillermo II, que hubiera debido ser sustanciada en un tribunal especial internacional. Incluso con mayor amplitud, el Tratado de Sevres (1920), tratado de paz específico con respecto al Imperio Otomano, establece en su parte VII (arts. 226 a 230), bajo el rótulo de “Penas”, la persecución de los turcos por crímenes de guerra (art. 226) y por la masacre de los armenios ocurrida en su territorio (art. 230), habiéndose previsto para este último supuesto la posibilidad de que los autores del crimen de lesa humanidad fueran puestos a disposición de un tribunal penal internacional si hubiera sido creado por la Sociedad de Naciones (inciso final del art. 230). Pero esta nueva orientación jurídico-política de la finalización de la guerra no implicó realmente un cambio normativo sobre la validez general de las amnistías en derecho internacional cuando se concertaban en tratados internacionales.

Tratados internacionales

- Como contrapunto a la autorización de la persecución penal del kaiser Guillermo II que realizaba el Tratado de Versalles (1919), el silencio sobre la persecución del resto de miembros de las fuerzas alemanas en la guerra de agresión era, en la práctica, una aceptación tácita de su amnistía. Esta idea no está carente de prueba. El 11 de noviembre de 1918 tiene lugar la firma de la Convención de armisticio entre Alemania, Francia y el Reino Unido. Su art. VI indicaba expresamente que: “Dans tous les territoires évacués par l'ennemi, toute évacuation des habitants sera interdite; il ne sera apporté aucun dommage ou préjudice à la personne ou à la propriété des habitants. Personne ne sera poursuivi pour délit de participation à des mesures de guerre antérieures à la signature de l'armistice.”
- En sentido análogo, el posterior acuerdo suplementario de paz, el Tratado de Brest-Litovsk (1918), incorporó sus propias cláusulas de amnistía, en el cap. VII, titulado

"Amnesty" (arts. 23 a 27), recalcando el art. 26.1 la inmunidad para todos por crímenes de guerra y cualquier otro "crimen contra la moralidad".

- Aunque el Tratado de Sevres de 1920 estableció la persecución de los turcos por crímenes de guerra y por la masacre de los armenios ocurrida en su territorio en los términos antes expuestos, sus disposiciones tardaron poco en ser derogadas mediante la Declaración de Amnistía y el Protocolo de 24 de julio de 1923, anejos al Tratado de Lausanne (1923). Allí se concedía una amnistía general para todos los delitos a los que hacía referencia el Tratado de Sevres, incluido el presunto genocidio del pueblo armenio.

¿Y tras la Segunda Guerra Mundial en los albores de la era de las Naciones Unidas? Los Tratados de Paz de París (1948) celebrados con Bulgaria, Finlandia, Italia, Hungría y Rumanía, que ponen fin definitivo a la guerra, nos muestran al completo la realidad del tema si queremos verlo. Porque, si bien confirman las cláusulas de los respectivos armisticios previos, que obligan a Italia, Alemania, Bulgaria, etc. a colaborar en la persecución de los criminales de guerra que lucharon contra las potencias aliadas, a la vez **amnistiaban a aquellos que dentro de los mismos países habían luchado a favor de los vencedores** como mecanismo de protección y recompensa por haber luchado en el bando vencedor y apoyar los esfuerzos contra el enemigo, sin importar los medios empleados a tales efectos, al no parecer deseable su persecución.

A título de ejemplo de esa esquizofrenia persecutoria, el tratado de paz celebrado con Rumanía, contiene ambas cláusulas en sus artículos 4 y 6:

"Article 4.

Roumania, which in accordance with the Armistice Agreement has taken measures to set free, irrespective of citizenship and nationality, all persons held in confinement on account of their activities in favour of, or because of their sympathies with, the United Nations or because of their racial origin, and to repeal discriminatory legislation and restrictions imposed thereunder, shall complete these measures and shall in future not take any measures or enact any laws which would be incompatible with the purposes set forth in this Article.

Article 6.

1. Roumania shall take all necessary steps to ensure the apprehension and surrender for trial of: (a) Persons accused of having committed, ordered or abetted war crimes and crimes against peace or humanity; (b) Nationals of any Allied or Associated Power accused of having violated their national law by treason or collaboration with the enemy during the war."

La derrota total que se logró tras el benefactor humo radioactivo de Hiroshima y Nagashaki era enemiga de las componendas antiguas, y facilitó una política de castigo o recompensa discrecional, alejada de la aplicación general de la norma internacional.

3.4. Era de las Naciones Unidas: amnistías en el complejo mundo de los conflictos armados internos y de las transiciones políticas

3.4.1. Apogeo de los conflictos armados internos

Muy importantes, emergiendo de la actualidad más inmediata, son otras amnistías que se articulan en la penumbra del derecho internacional. En general, desde el siglo XIX este derecho ha admitido, con uno u otro alcance, la condición transitoria de sujeto del derecho internacional a los movimientos beligerantes e insurgentes. Y por ello, los acuerdos que celebren con terceros estados o con las autoridades nacionales han tendido a situarse temporalmente en la órbita del derecho internacional. Su objeto y alcance es muy variado. A nuestros efectos, lo relevante es la existencia de cláusulas de amnistía en acuerdos de paz celebrados entre beligerantes, o entre insurgentes y gobiernos, vinculados a la voluntad de dar por concluida una guerra interna.

Acuerdos de paz en las guerras internas

Se trata, ilustrativamente, de la amnistía incorporada en el punto 6 del Acuerdo de Governors Island para Haití, de 3 de julio de 1993; la General Amnesty Proclamation Order, anexa como parte integrante del Acuerdo de Paz de Sudán, celebrado en Khartoum el 21 de abril de 1997; o la más conocida amnistía que se integra en el art IX del Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona de 1999 –denominado “Acuerdo de Paz de Lomé” –:

“1. A fin de lograr una paz duradera en el país, el Gobierno de Sierra Leona tomará las medidas jurídicas pertinentes para conceder el indulto total al cabo Foday Sankoh.

2. Después de la firma del presente acuerdo, el Gobierno de Sierra Leona también concederá el indulto total a todos los combatientes y colaboradores, en relación con todos los hechos realizados en consecución de sus objetivos hasta el momento de la firma del presente acuerdo.

3. A fin de consolidar la paz y promover la causa de la reconciliación nacional, el Gobierno de Sierra Leona garantizará que no se tomen medidas oficiales ni judiciales contra ningún miembro del Frente Revolucionario Unido, el Consejo Revolucionario de las fuerzas armadas, el ex Ejército de Sierra Leona o las fuerzas de Defensa Civil, en relación con los hechos realizados en consecución de los objetivos de sus respectivas organizaciones, entre marzo de 1991 y el momento de la firma del presente acuerdo. Además, se tomarán las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar la inmunidad de los excombatientes, los exiliados y otras personas que se encuentren actualmente fuera del país por razones vinculadas con el conflicto armado, para que puedan ejercer plenamente sus derechos civiles y políticos y reintegrarse en la sociedad en un marco de total legalidad.”

Lo más curioso de todos estos casos, como luego se verá con algo más de detalle, es que los acuerdos respectivos fueron apoyados por el Consejo de Seguridad de la ONU, a través de sus resoluciones en las que se aborda la solución de cada uno de los conflictos, sin que en su seno se produjeran protestas de relieve en los debates previos a su adopción sobre su validez en derecho internacional.

3.4.2. El fenómeno de las amnistías internas

Las amnistías también han proliferado en el ámbito normativo estrictamente interno de un Estado, modalidad predominante de concesión desde los años cincuenta del siglo XX, aunque existan ejemplos de estas en períodos anteriores. En el estudio realizado para escribir esta obra se han identificado amnistías nacionales procedentes de todas las tradiciones jurídicas, desde la década de los sesenta hasta inicios del siglo XXI. Se trata del momento en que, en la práctica, desaparecen las amnistías de los tratados internacionales, que trasvasan su sustancia al derecho interno, asociadas ahora a procesos de pacificación de conflictos armados internos o de transiciones políticas nacionales. La desaparición de las cláusulas de amnistías de los tratados internacionales de paz es debida, en lo esencial, a que las guerras internacionales, en sentido estricto, pasan a ser una excepción en el panorama internacional después de la Segunda Guerra Mundial, siendo los conflictos armados internos, de largo, mucho más numerosos. Es en las guerras internas, o en procesos de transición política, contextos que no concluyen por su naturaleza con tratados internacionales de paz, en sentido estricto, donde prolifera la adopción de amnistías mediante actos normativos de derecho interno o, como ya se ha visto, dentro de acuerdos entre beligerantes nacionales.

Amnistías nacionales

La lista de amnistías estrictamente nacionales aprobadas es muy copiosa. Sin que esta enumeración deba darse por exhaustiva –aunque sí es muy significativa – encontramos por continentes las siguientes:

- **África.** Angola (1991, 1996, 2000, 2002, 2006); Argelia (1999, 2005); Burundi (2000, 2003, 2006); Chad (2003); Costa de Marfil (2003, 2007); Liberia (2003, 2005); Mauritania (1993); República Democrática del Congo (1999, 2003, 2005); Ruanda (2003); Senegal (2004); Sierra Leona (1999), Sudáfrica (1995); Sudán (1997), Uganda (1987, 2000); Zimbabwe (1979, 1980, 1988, 1995, 2000).
- **América.** Argentina (1983, 1986, 1987, 1989, 1990), Brasil (1987), Chile (1978), Colombia (1997, 1999, 2002, 2005); El Salvador (1987, 1992, 1993), Guatemala (1982, 1986, 1996); Haití (1993); Honduras (1981, 1987, 1990, 1991), México (1994), Nicaragua (1985, 1987, 1990, 1993), Perú (1994, 1995, 2001), Suriname (1989, 1992), Uruguay (1985, 1986); y Venezuela (2000, 2007).
- **Europa.** Bosnia y Herzegovina (1992, 1995, 1996, 1999), Croacia (1992, 1995, 1996), España (1945, 1969, 1975, 1977), Rusia (1997, 1999, 2003), Francia (1951, 1953, 1988, 1989), **Georgia** (1994), Grecia (1945, 1974), Macedonia (2002), Rumanía (1946), Serbia (2002), Yugoslavia (2002).
- **Asia.** Afganistán (2007), Azerbaijón (2001, 2003), Camboya (1994, 1996), Filipinas (1994, 1996, 2007), Indonesia (2005), Islas Fiji (2000), Islas Salomón (2000), Kirguzistán (2002, 2010), Timor Oriental (2001, 2007), Sri Lanka (2007), Uzbekistán (2000, 2002).
- **Oriente Medio.** Bahréin (2001), Irak (1991, 1995, 2002, 2004, 2006), Jordania (1999), Líbano (1991), República Árabe Siria (2000).

En este plano, no es irrelevante ver que su legitimidad política es tan diversa como las formas que dibujan las nubes en el cielo. Así, existen amnistías que:

- **Emanan de disposiciones constitucionales**, refrendadas por procesos democráticos, como es el caso de la Constitución de Sudáfrica de 1992.
- **Derivan de actos legislativos**, aprobados por una asamblea compuesta de modo plural y elegida con garantías democráticas suficientes.

Por ejemplo, el caso de la Ley de Amnistía Francesa de 1951, en Colombia, la Ley 418 de 1997, o el más próximo de la Ley de Amnistía de España, aprobada el 15 de octubre de 1977 por las Cortes Generales elegidas democráticamente en junio del mismo año.

- **Nacen de actos normativos del Gobierno**. Es posible encontrar amnistías en **decretos leyes**, actos legislativos de urgencia y necesidad que, con posterioridad, son convalidados por las cámaras respresentativas, recibiendo de esto modo su legitimidad democrática plena o en órdenes presidenciales.

Así, una amnistía aprobada en Bolivia se hace caso del Decreto Ley núm. 33-82 de 27 de mayo de 1982, que concede amnistía por los delitos políticos y comunes conexos en los cuales hubiesen participado como autores o cómplices, a las personas que individual o colectivamente hubieran formado parte de las facciones subversivas y a los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado que, en cumplimiento de su deber, hubieran participado en acciones contrasubversivas. También por Decreto-Ley 2191 de 10 de marzo de 1978 se aprueba en Chile la amnistía a los autores del golpe de Estado sangriento de 1973.

Pero también se incluyen en órdenes presidenciales meros actos de Gobierno, no sometidos después a control legislativo.

Por ejemplo, los casos en Argentina de los Decretos Presidenciales de Perdón, Decretos 2741, 2742 y 2743 del 30 de diciembre de 1990.

Así, la calidad democrática del acto, como medio de expresión interna del principio de libre determinación de los pueblos, viene siempre condicionada por la naturaleza política del órgano legislativo que lo convalida.

4. Amnistías: tensión máxima de valores éticos y normativos

Es ir contra toda evidencia negar que la adopción de amnistías constituye todavía una herramienta presente en las mesas de negociación para conseguir cristalizar procesos de transición de regímenes dictatoriales o despóticos hacia otros más democráticos o para ayudar al tránsito de situaciones de guerra civil o graves turbulencias internas hacia el restablecimiento de la paz social. Así ha sucedido con frecuencia en múltiples países en los últimos 40 años.

Mientras se escribe este texto, el Gobierno sirio de El-Asad ha prometido una “amnistía general” a los rebeldes internos por los delitos cometidos durante las protestas políticas habidas entre el 15 de marzo del 2011 y el 15 de enero del 2012. Con esta medida pretende facilitar una salida no violenta a la revuelta en marcha y colocar de nuevo bajo control un ambiguo proceso de reformas democráticas dirigido aparentemente a cambiar su régimen despótico.

En otros tiempos, como veremos nada lejanos pero extrañamente negligidos, la amnistía también formaba parte integrante esencial de los acuerdos de paz definitivos en guerras internacionales. E incluso, en situaciones de violencia política armada de tipo terrorista.

Por ejemplo, el caso del terrorismo político ejercido por ETA en España desde los años setenta, la negociación de amnistías ha estado siempre presente, con uno u otro alcance, entre los instrumentos coadyuvantes a la finalización pactada del conflicto. Muy recientemente, en España vuelve a vibrar en el aire la posible “amnistía” a los miembros de ETA tras su declaración de abandono de la actividad armada del pasado 20 de octubre del 2011.

En términos **éticos y políticos**, las amnistías se avalan o discuten mediante dos argumentaciones antagónicas que luego se procuran su respectivo discurso técnico-jurídico:

- Una, la **doctrina del mal menor o necesario**, está impregnada de un fuerte realismo político y concede prioridad al logro de la “paz”, es decir, la ausencia de hostilidades armadas o de coacciones políticas estructurales, para cerrar una situación previa de conflicto –o dictadura –, por encima de otras consideraciones relativas, por ejemplo, al castigo de una u otra parte en el mismo. Esta doctrina prima claramente a nivel académico e institucional hasta inicios de los años noventa. El logro, en una circunstancia extrema de vulneración de los derechos más básicos de la persona –la guerra, y en un escalafón muy inferior, la dictadura con uno y otro sesgo –, del fin de esa violencia armada o imposición política de unos contra otros, es el primer objetivo a satisfacer para alumbrar en el futuro unas condiciones más favorables para la vida colectiva e individual. Su obtención debe afrontarse con altura de miras, dejando a un lado afrentas pasadas, y renunciando a la persecución de hechos que, en circunstancias normales, debieran ser castigados. Las guerras son el primer contexto

de vulneración masiva de los derechos humanos de toda condición: políticos, civiles, económicos, culturales y sociales. Las dictaduras, de uno u otro pelaje, el segundo. Su finalización negociada, en beneficio del "interés general", hace justo el reconocimiento de las amnistías. Su negociación es una condición *sine qua non* para facilitar el cese de las hostilidades. El antiguo puente de plata al enemigo que se plantea retroceder, y permite iniciar el espinoso e incierto camino hacia una paz duradera.

- La otra corriente la denominaremos **doctrina de la reparación íntegra**, pues se centra en abordar estas situaciones, en la protección más completa posible de los derechos de las víctimas como único mecanismo de salida a largo plazo del conflicto. Observable especialmente en las dos últimas décadas, parte de un escepticismo general respecto al valor político real de la concesión de amnistías, muy especialmente cuando se proyecta sobre crímenes internacionales u otras graves violaciones de derechos humanos, aunque cuestiona en general todo lo que no sea la persecución penal de los responsables, sobre todo de crímenes contra la integridad física o la vida, para **evitar su impunidad**.

En esta corriente doctrinal, vinculada frecuentemente a movimientos y asociaciones centradas en la protección de los derechos humanos de las víctimas de un conflicto, las amnistías han dejado de ser una expresión de "sabiduría política" o la solución natural incuestionable para la transición de una situación de violencia hacia la paz. La lucha contra la impunidad por la vulneración de derechos humanos sería la mejor vía para alcanzar una transición con mayores cotas de **justicia** con los derechos de las víctimas y, por ende, más aceptable con el paso del tiempo.

Para mí ambas doctrinas son deficientes, en sus extremos, si la finalidad última que se persigue es el complejísimo logro de una pronta paz social justa y duradera. La paz social que persigue **la doctrina de la reparación íntegra** se inhibe de la responsabilidad primera -que no principal- que deben asumir los negociadores y líderes de una sociedad dividida o en guerra: obtener con la mayor brevedad de tiempo un estado de paz. Del otro lado, la paz social a la que tiende **la doctrina del mal menor o necesario**, puede llegar a omitir el tratamiento adecuado de ciertas medidas básicas de reparación de las víctimas que objetivamente no van a afectar la precaria paz obtenida. Esta omisión lastra a medio y largo plazo la construcción del espacio público social y político compartible por una amplia mayoría. Es difícilmente conciliable el bien de todos a expensas de una parte.

¿Es factible recorrer caminos intermedios?, la siempre minusvalorada posición ecléctica o intermedia, enemiga de las ideas fuertes, del gesto heroico, de la retórica grandilocuente. Entre el "olvido perpetuo" y la "reparación íntegra", pretensiones maximalistas, existen otros caminos ya explorados dentro de la denominada "**justicia transicional**" que ofrecen soluciones pragmáticas, transaccionales, que conviene valorar. Porque al final de un discurso brillante, ahíto de consideraciones hacia lo más digno de la Humanidad, vuelve la

pregunta incómoda, más apegada a lo concreto, a lo plenamente humano con sus defectos cotidianos, después de años de combate armado o de dictadura, ¿aceptará el líder de un grupo rebelde una tregua, o la cúpula tiranizará la transición hacia la democracia, si en algún momento de ese proceso por iniciar vislumbra su futura persecución penal arriesgando la cadena perpetua o, por qué no, la pena de muerte? En esas condiciones, seguramente está por nacer el negociador que sea capaz de persuadirles invocando los grandes beneficios para la Humanidad derivados del impulso del cambio de *statu quo*. El conflicto se prolongará en el tiempo y será la fuerza acumulada y ejercida por uno u otro bando la que decidirá el destino trágico de la sociedad. Todo el tiempo en que se alargue la disputa por el poder será un tiempo perdido para una parte esencial de los derechos humanos de la totalidad del colectivo involucrado. A la **doctrina de la reparación íntegra** se le escapa que en estos procesos tan complejos en los que asoma alguna forma de amnistía no se negocia la rendición incondicional de un perdedor, sino el abandono del poder sujeto a condiciones, de aquellos que pueden seguir utilizándolo en su beneficio o protección.

Para mí, salvo que alguien ofrezca argumentos mejor fundados en la condición torcida del tronco de la Humanidad, es innegable que en estas circunstancias la aprobación de una amnistía fiable, es decir, que se va a respetar cabalmente, juega un papel decisivo e insustituible en la creación de las condiciones básicas para el abandono de las armas o del poder. El binomio al que se enfrenta en estas situaciones una sociedad no ofrece otra alternativa realista. O paz con condiciones, o continuación del conflicto fiando a la violencia colectiva la suerte final. *Tertium non datur*. Esto no quiere decir, lógicamente, que la "amnistía" sea a futuro una garantía de éxito de la transición, que dependerá además de muchos otros factores sociales, políticos, económicos, etc. Y luego viene el derecho.

Traducido en **términos estrictamente jurídicos**, las amnistías provocan una típica tensión normativa entre varios principios generales propios del derecho internacional: el principio de protección de la dignidad humana, el de establecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el principio de libre determinación de los pueblos, y el principio de no injerencia en los asuntos internos. E incluso de alguno de ellos con otro valor esencial propiamente interno, la garantía del orden público y de la seguridad nacional. Conflicto que podría conducir, en el derecho internacional e interno, al soslayamiento de las obligaciones de persecución de crímenes internacionales o a la limitación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales internacionalmente reconocidos, una vez se apruebe esta o aquella amnistía.

Obviamente, la "internacionalización" de la dignidad humana circunscribe la soberanía de los Estados en este ámbito. El derecho internacional, por distintas vías, sitúa el esclarecimiento, la persecución y el castigo/reparación de determinadas conductas también como un interés de la Comunidad Internacional en su conjunto o de un subgrupo de la misma. De ahí la aparición en estas

dos últimas décadas de propuestas de “juridificación” de las amnistías, esto es, de fijación de límites a la discrecionalidad del Estado –o de las partes en el conflicto– para concederlas. ¿Es posible, entonces, afirmar que el derecho internacional prohíbe hoy las amnistías para hechos lesivos de la dignidad humana? ¿En qué medida? ¿Sería esta evolución beneficiosa para el siempre esquivo “bien común”?

Hasta qué punto puede afirmarse, fuera de toda duda, que ha cristalizado una **obligación absoluta** de perseguir penalmente ciertos crímenes internacionales en el derecho internacional, o de perseguir penalmente ciertas violaciones de los derechos humanos que no alcancen esa categoría, todavía es una cuestión controvertida que requiere, como veremos, de gran profundidad de análisis jurídico y de ponderación de las consecuencias sociales y políticas de cualquier afirmación. El difícil equilibrio entre ambos lados de la moneda, dignidad humana frente a pacificación nacional o internacional, e incluso, frente al principio de libre determinación de los pueblos; las necesidades políticas que guían cualquier proceso de pacificación y su contraposición con el derecho a la reparación de las víctimas, entre otros, vuelve difícil afirmar taxativamente que el derecho internacional haya sancionado una regla general y absoluta que prohíbe las amnistías para todo acto lesivo de la dignidad humana más básica –la vida, la integridad física y psíquica, la libertad de movimientos, etc. Esta situación hace que el ejercicio de la jurisdicción nacional o internacional encuentre un posible obstáculo a su eficacia en las amnistías; y también hace, a la inversa, sin que esta sea una cuestión menor, que los procesos de pacificación, transición y/o reconciliación nacional se puedan entorpecer peligrosamente mediante acciones judiciales procedentes del exterior, poco sensibles con una visión realista y compleja de los problemas.

Su aprobación suele someter a tensión dialéctica distintos valores jurídicos esenciales del derecho internacional situados al mismo nivel normativo, e incluso otros de orden interno: el “valor del establecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, recogido en el art. 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas; “el valor de la protección de la dignidad humana” a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales, que también vemos enunciado en el preámbulo y art. 1.3 de la Carta; el “principio de libre determinación de los pueblos”, recogido en el art. 1.2 de la Carta, y desarrollado en las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) de su Asamblea General; y, de carácter interno, la obligación de velar por el orden público y la seguridad nacional.

La identificación de valores normativos en tensión, sobre los que no es posible fijar una jerarquía o prelación clara, fuerza la aplicación de mecanismos de ponderación de sus efectos en cada circunstancia concreta, con objeto de evitar que la satisfacción plena de uno anule la garantía de los otros.

5. Conclusiones

Las conclusiones están por escribir. Mejor que conclusiones, estas serán las preguntas que guiarán nuestro debate en torno a este módulo:

- ¿Las amnistías concedidas a través de actos normativos internos son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional penal?
- ¿Aquellas amnistías aprobadas mediante procesos sociales dotados de legitimidad democrática, deben ser descartadas como instrumento para la solución pacífica de conflictos armados o sociales largamente enraizados?
- ¿Los derechos de las víctimas deben primar sobre la garantía pro futuro del respeto a los derechos fundamentales a la que aspira el conjunto de la sociedad?
- ¿Es absolutamente positivo que el derecho internacional penal prohíba las amnistías o puede afectar negativamente a la solución de conflictos bélicos?
- ¿Deben ser aceptadas las amnistías por tribunales de terceros Estados que ejercen la jurisdicción universal?

Bibliografía

Arsanjani, M-H. (1999). "The International Criminal Court and National Amnesty Laws". En: *ASIL Proceedings* (vol. 93, pág. 65).

Burke-White, W. (2001). "Reframing impunity: Applying liberal international law theory to an analysis of amnesty legislation". En: *Harvard International Law Journal* (vol. 42, núm. 2, pág. 479).

Cassel, D. W. jr. (1996). "Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities". En: *Law and Contemporary Problems* (vol. 59, núm. 4, págs. 197-230).

Chigara, B. (2002). *Amnesty in International Law. The legality under International Law of National Amnesty Laws*. Pearson Education.

De Zayas, A-M. (1992). "Amnesty Clauses". En: R. Bernhardt (ed.). *Encyclopaedia of Public International Law* (vol. 1, pág. 148).

Dugard, J. (1999). "Dealing With Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?". En: *Leiden Journal of International Law* (vol. 12, núm. 4, págs. 1001-1015).

Gil Gil, A. (2009). *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier: Barcelona.

Goldman, R. K. (1988). "International Law and Amnesty Laws". En: *Human Rights Internet Reporter* (vol. 12, págs. 9-11).

Greenwalt, K. (2000). "Amnesty's Justice". En: R. I. Rotberg D. Thompson (eds.). *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press.

Klug, H. (1998). "Amnesty, Amnesia and Remembrance: International Obligations and the Need to Prevent the Repetition of Gross Violations of Human Rights". En: *The American Society of International Law (ASIL) Proceedings* (núm. 92, pág. 316).

Mallinder, L. (2007). "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?". En: *The International Journal of Transitional Justice* (vol. 1, núm. 2, págs. 208-230).

Moore, J. J. jr. (1991). "Problems with Forgiveness: Granting Amnesty Under the Arias Plan in Nicaragua and El Salvador". En: *Stanford Law Review* (vol. 43, núm. 3, págs. 733-777).

Naqvi, Y. (2003). "Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition". En: *IRRC* (vol. 85, núm. 851, pág. 604).

Norris, R. E. "Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal". En: *Revista IIDH* (vol. 15, págs. 47-121).

Robinson, D. (2003). "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court". En: *European Journal of International Law* (vol. 14, págs. 481-505).

Tomuschat, C. (2002). "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals". En: H.J y otros. (eds.). *Festschrift Für Helmut Steinberger* (pág. 348). Max Planck Institute.

Wilson, S. (2001). "The Myth of Restorative Justice: Truth, Reconciliation and the Ethics of Amnesty". En: *South African Journal on Human Rights* (vol. 17, núm. 4, págs. 531-562).

